

INFORME EJECUTIVO

**Auditoría integral ciudadana
de los tratados de protección
recíproca de inversiones
y del sistema de arbitraje en materia
de inversiones en Ecuador**



**Auditoría integral ciudadana
de los tratados de protección
recíproca de inversiones
y del sistema de arbitraje en materia
de inversiones en Ecuador**

INFORME EJECUTIVO

Mayo 2017

Quito - Ecuador

COMISIONADOS

Carlos Gaviria, Presidente hasta noviembre 2014
Cecilia Olivet, Vicepresidenta, asume presidencia desde diciembre 2014
Alberto Arroyo (México)x
Xavier Echaide (Argentina)
Osvaldo Gügliemino (Argentina)
Piedad Mancero (Ecuador)
Alejandro Olmos (Argentina)
Hugo Ruiz (Paraguay)
M. Sornarajah (Singapur)

MINISTROS COMISIONADOS

Pabel Muñoz, Secretario Nacional de Planificación y Desarrollo
Alexis Mera, Secretario Jurídico de la Presidencia
Ricardo Patiño, Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad
Beatriz Tola, Ministra Coordinadora de la Política

SECRETARÍA EJECUTIVA

Christian Pino

EQUIPO ASESOR

Guillermo Moro (Argentina)
Federico Suárez (Colombia)
Laura Rangel (Colombia)
Luciana Ghiotto (Argentina)

EQUIPO TÉCNICO (Ecuador)

Adrian Cornejo
Romel Tejada
Diego Ramos
Rafael Paredes
Sebastian Espinoza
Veleria Iannoti
Milton Gavilanes
Verónica Changoluisa
Nataly Torres
Rafael Pupiales
Fredy Trujillo
Jorge Almeida
Carla Pino
Geovanni Espinosa.

Diseño e impresión: IAEN

Tiraje: 150 ejemplares

Quito, mayo 2017

Contenido

INTRODUCCIÓN	7
RESULTADOS DE LA AUDITORÍA.....	13
A. LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES (TBI) EN ECUADOR..	15
Procesos de negociación y firma de TBI	15
Contenidos de los TBI firmados por Ecuador.....	17
Compatibilidad de las cláusulas sustantivas de los TBI frente a normativas nacionales e internacionales	20
Sobre la falta de obligaciones vinculantes para la los inversores internacionales	23
Decisión política sobre la denuncia de los TBI.....	24
B. ECUADOR ANTE EL SISTEMA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE INVERSIONES	31
Estado de situación de las demandas inversor-Estado contra el Ecuador.....	31
Estándares de jurisdicción y de mérito invocados por los inversionistas para demandar a Ecuador	33
Situación de la ejecución de laudos arbitrales en el Ecuador	42
Casos emblemáticos contra Ecuador: deficiencias contenidas en las actuaciones y laudos de los tribunales arbitrales	44
El rol de los árbitros en el sistema de arbitraje internacional de inversiones y los casos contra Ecuador	50
Bufetes de abogados que intervinieron en los procesos contra Ecuador. Nacionalidades, especializaciones, representaciones. Los bufetes ecuatorianos	59
Perjuicio económico de los casos y su incidencia en el Presupuesto del Estado	61
Contratos de Estado.....	61
C. LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO NACIONAL ECUATORIANO	63
Análisis de los flujos de inversión.....	63
Efectos de la IED en la economía	66
Las empresas con IED en su relación con el resto del tejido productivo	68
El sistema estadístico nacional sobre inversión extranjera	70
D. IMPLICACIONES SOCIOECONÓMICAS, MACROECONÓMICAS, DE DERECHOS HUMANOS Y AMBIENTALES DE INVERSIONES REALIZADAS POR EMPRESAS QUE HAN PRESENTADO DEMANDAS CONTRA ECUADOR	71
Sectores económicos y geográficos de localización de las empresas.....	71
Incidencia económica y social: principales indicadores	72
Afectaciones a la vida comunitaria, tenencia de la tierra, seguridad alimentaria, desplazamientos y conflictos.....	75
Impactos y pasivos ambientales: áreas investigadas.....	79
En hidrocarburos	79
Maximización del lucro empresarial: Prácticas especulativas de las empresas extranjeras.....	86
CONCLUSIONES GENERALES.....	91
RECOMENDACIONES.....	97

INTRODUCCIÓN



El contexto en el que se firman los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones

La firma de Tratados de Protección de Inversiones (TBI) fue una tendencia más o menos generalizada a nivel latinoamericano y mundial durante las décadas de los 80 y 90. La misma se vio influenciada, e incluso inducida, por una serie de factores internacionales que se combinaron con factores internos en cada país.

América Latina había logrado ritmos de crecimiento acelerados a partir de un modelo orientado al mercado interno que buscaba la industrialización basado en la sustitución de importaciones y que incluía un fuerte proteccionismo e intervención del Estado en la economía. En algunos países, entre ellos Ecuador, no se logró avanzar mucho en la industrialización y la base de la economía siguió siendo extractivista. Dicha estrategia mostró signos de agotamiento en cuanto a su capacidad de sostener ritmos acelerados de crecimiento y baja inflación. Esto, aunado a la crisis de deuda externa de los 80, hizo necesario un cambio. Sin embargo, nunca se dio una reflexión y análisis profundo de los méritos, éxitos y límites de dicha estrategia para poder plantear qué cambios eran los convenientes. Más bien, la crisis fue aprovechada por nuevas élites políticas emergentes que en alianza con sectores empresariales llegaron al gobierno.

En el caso de Ecuador, la crisis de la deuda externa, provocada por el alza de las tasas de interés inducida por la política monetaria de Estados Unidos, al mismo tiempo que los precios internacionales del petróleo, estalla en 1982. Políticamente, el asenso al poder de Febres Cordero (1984-1988) marca el cambio hacia el neoliberalismo que es continuado y profundizado por los siguientes gobiernos.

Estos hechos económicos y políticos internos en nuestros países se entretajan con factores externos que también fueron determinantes.

A nivel ideológico la teoría económica neoliberal, impulsada por los gobiernos de Estados Unidos e Inglaterra, con el apoyo de muchas de las grandes universidades de los países desarrollados, se va convirtiendo en pensamiento cuasi único. Ello se sintetiza con el llamado consenso de Washington de 1989. En materia de inversión extranjera, el consenso de Washington posicionó la idea de que sin capitales externos no hay posibilidad de desarrollo y sin

protección de las inversiones, no se lograría la atracción de la inversión extranjera.

Aunado a lo anterior, la crisis de la deuda externa posibilita la intervención del Fondo Monetario Internacional (FMI) que condiciona su aval para renegociar dichas deudas y otorgar créditos puentes a la firma de las llamadas cartas de intención. Ecuador firma 16 cartas o notas con el FMI entre 1983 y 2003. El Banco Mundial impulsa lo que se llamó el “ajuste estructural” condicionando sus créditos a seguir dichos lineamientos. Tanto las cartas de intención firmadas con el FMI, como las políticas del Banco Mundial impusieron los lineamientos del llamado consenso de Washington. Estos factores internos y externos, que son tanto ideológicos como coercitivos, logran que a mediados de los 80 se haya consolidado en toda América Latina el neoliberalismo.

Sin embargo, no pasa mucho tiempo hasta que los efectos sociales y medioambientales del neoliberalismo comienzan a generar una oposición creciente en nuestros países; lo cual crea señales de alarma en los centros de poder del capital global, particularmente en Estados Unidos y Europa. Los centros de poder global, tanto gubernamental como empresarial, se preguntan si será posible sostener y reproducir el modelo neoliberal si dicha oposición se traduce en triunfos electorales que lleven al poder a gobiernos críticos de dicho modelo. La respuesta es que sin gobiernos aliados, la estrategia del capital global y el modelo neoliberal correría peligro. El impulso de los Tratados de Libre Comercio y los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones debe entenderse en este contexto. Dichos Tratados son una piedra angular del marco legal supranacional que acota el poder regulatorio de los gobiernos y protege al capital transnacional. Los gobiernos que intentaran cambios fuera del marco neoliberal, serían demandados en tribunales de arbitraje internacional.

Los gobiernos de América Latina defendieron por mucho tiempo que las leyes nacionales y las cortes nacionales eran las idóneas para decidir sobre las disputas entre inversores extranjeros y los Estados. Esta resistencia se expresó en la llamada Doctrina Calvo. Sin embargo, durante los 90 se inicia un proceso de cambio de las normativas internas sobre

inversiones y la firma de Acuerdos de protección de inversiones. Este cambio está dado por la experiencia de la crisis de la deuda externa que llevó a los gobiernos a buscar capitales internacionales por la vía de atraer inversiones en lugar de contraer deuda. A esto se sumó al pensamiento neoliberal dominante sobre la necesidad de ofrecer seguridad jurídica a los inversionistas, idea que promocionaron instituciones de confianza de los países del Sur Global, como la Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y Desarrollo (UNCTAD).¹

Ecuador siguió la misma tendencia. Durante los años 90 se produjeron cambios de fondo en la legislación interna en materia de inversiones y se concretó la firma de la mayoría de los TBI:

- 1993: Decreto Ejecutivo 415 publicado el 13 de enero de 1993, expedido por Sixto Durán Ballén, bajo el nombre de Normas Reglamentarias sobre Inversión Extranjera y sobre Contratos de Transferencia de Tecnologías, Marcas, Patentes, Licencias y Regalías, medida con la cual se inicia la apertura íntegra a la inversión extranjera directa, en condiciones similares a inversión nacional, con total liberalidad de ubicación y de flujos financieros, a más de prohibición expresa a las entidades locales de exigir requisitos y la emisión de autorización alguna.
- 1993: Ley de Modernización, Privatizaciones y Prestación de Servicios Públicos por parte de la Iniciativa Privada, que viabilizó la reducción del tamaño del Estado, mediante transferencia de competencias al sector privado, la oferta de espacios de inversión en áreas significativamente atractivas como los servicios públicos de uso masivo.
- 1993: Reformas a la Ley de Hidrocarburos, que permitieron contratos ordinarios y corrientes bajo cualquiera de las formas contractuales vigentes en la legislación nacional, con fácil predominio del interés particular antes que el de la República. La participación en ingresos de la explotación se elevó a favor de las compañías privadas con severo perjuicio de la participación estatal. Cuando el Estado pretendió suspender esas concesiones onerosas y recuperar sus legítimos réditos fue demandado por dichas compañías, como se anota en los resultados de la auditoría.
- Retiro de la Organización de Países Exportadores de Petróleo (OPEP), y sustitución de las Decisiones 24 y 220 de la Comunidad Andina de Naciones (CAN) que establecían límites a la inversión foránea en salvaguarda de intereses de sus naciones y precauciones en áreas de explotación de recursos naturales por la Decisión 291 de 1991, que se adaptó al modelo de apertura y liberalización.
- A partir de entonces, la inversión extranjera directa sí aumentó, pero solamente en el sector petrolero, donde lo atractivo y determinante fueron las enormes ganancias garantizadas en la nueva modalidad de contratos; no precisamente la suscripción de TBI que fueron poco tomados en cuenta en otras áreas económicas.
- 1994: La Ley General de Instituciones Financieras ofrecía ventajas y facilidades a los inversionistas foráneos, como la apertura de oficinas *off-shore* y libre flujo de capitales financieros y transferencias monetarias al exterior.
- 1997: La Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI) acogía el principio de neutralidad fiscal y garantizaba la estabilidad tributaria, con lo cual el Estado renunció al uso de instrumentos de política presupuestaria y de justicia social.
- 1997: La Ley de Promoción y Garantía de Inversiones establecía el libre ingreso de capitales hacia todos los sectores económicos, sin autorización alguna, libres transferencias monetarias al exterior por cualquier concepto y una firme estabilidad tributaria por amplios períodos de vigencia.
- Tanto la LEXI como la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones fueron derogadas durante el actual Gobierno, año 2010, con la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio Exterior e Inversiones
- 2006: Adhesión a la Organización Mundial de Comercio, en el marco de una política de apertura, compatibilidad jurídica en materia de comercio exterior, disciplinas de reducción de aranceles y fijación de techos. Eliminación de toda restricción no arancelaria, las franjas de precios, restricciones estacionales y otras para proteger la producción nacional de las variaciones de los precios. El país se comprometió, además, a no aplicar restricción alguna a los pagos y transferencias internacionales por transacciones corrientes.

Todos estos cambios buscaron acomodar la legislación interna a la normativa de los TBI. Las modificaciones a la legislación nacional y los mismos derechos consagrados en los TBI no solo garantizaron la seguridad jurídica a los inversores, sino que les otorgaron derechos especiales y limitaron la capacidad soberana del Estado de regular la economía y en particular la inversión extranjera directa (IED).

¿Por qué la auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en materia de Inversiones?

Durante los años 90 crecieron los volúmenes de Inversión extranjera, no solo en Ecuador sino en el

¹ M. Sornarajah (2011), Mutations of Neo-Liberalism International Investment Law, Trade, Law and Development Journal, 3(1): 203-232.

conjunto de la región. Esto parecía confirmar que la estrategia de protección de la IED era correcta. Así también se acrecentaban las expectativas sobre la capacidad de las inversiones provenientes del exterior para contribuir a un mayor crecimiento del país. Sin embargo, en la década siguiente, los ritmos de llegada de IED se estancaron. Se habían entregado áreas de explotación de alta rentabilidad, se había limitado las capacidades del Estado, se habían otorgado grandes privilegios y el país no despejaba. Por otro lado, surgieron un gran número de demandas millonarias de empresas transnacionales que comienzan a hacer uso de los privilegios de los acuerdos de protección de inversiones para frenar cualquier intento de política pública que pueda disminuir las ganancias esperadas.

Poco a poco comienza a tomar fuerza la necesidad de constatar si la firma de acuerdos de protección de inversiones realmente había logrado los objetivos buscados, no solo de atracción de la IED, sino si esta había generado los beneficios esperados para el país receptor.

A nivel internacional, la academia comienza a preguntar si verdaderamente hay una relación directa y causal entre la firma de TBI y el aumento de la IED. Muchos contestan que no.² Hay evidencia empírica de que el aumento de IED de los 90 tuvo otros factores, entre ellos, aprovechar los procesos de privatizaciones que se realizaron desde los primeros gobiernos neoliberales.

Los movimientos sociales de varias partes del mundo, que por décadas libraron luchas contra los derechos excesivos de los inversionistas consagrados en Acuerdos de Inversiones, por ejemplo contra el Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI), vuelven a enfatizar la necesidad de los Estados de recuperar soberanía y poder regulatorio. Así también, manifiestan que es necesario impulsar un nuevo régimen internacional para la inversión extranjera que privilegie los derechos humanos, los derechos de los pueblos y de la naturaleza por encima del derecho comercial. Estos movimientos sociales en Ecuador, y a nivel latinoamericano, expresaron su apoyo a la iniciativa ecuatoriana de realizar una auditoría sobre los TBI.

El contexto internacional, no solo la academia y los movimientos sociales, se preguntan si el balance de la firma de TBI es positivo. Organismos

internacionales como la Conferencia de Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD, por sus siglas en inglés) y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), avalados por un gran número de investigaciones empíricas sobre los flujos de inversión extranjera y sus efectos en las economías receptoras, han cambiado sus posturas y han comenzado a cuestionar los beneficios del actual sistema de protección de las inversiones. Estas organizaciones proponen cambios en el modelo de protección de inversiones a fin de compaginar la seguridad jurídica, hacer atractiva la inversión y, a la vez, mantener la capacidad regulatoria del Estado y de orientar la IED según las prioridades nacionales.³

Recientemente, algunos gobiernos en América Latina, pero también en otros continentes, han decidido desvincularse de estos tratados. Países tan dispares como Sudáfrica y Australia, y más recientemente Indonesia y Pakistán, han realizado procesos de revisión de su política de protección de inversiones. Tanto Australia como Sudáfrica concluyeron que la misma necesitaba cambios radicales.⁴ Sudáfrica e Indonesia, junto con Bolivia, Venezuela y Ecuador, son países que ya han comenzado a terminar los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, y están en proceso de desarrollar modelos alternativos que guiarán la firma de futuros acuerdos de esta naturaleza.

En Ecuador, el presidente Rafael Correa, desde su primera campaña electoral, ha sido crítico de estos tratados y ha lanzado iniciativas internacionales contra este esquema al que califica como perverso. El proceso de revisión del modelo de protección de inversiones ecuatoriano comenzó a mediados de la década del 2000. Especialmente a partir de la ratificación de la Constitución de 2008 que reafirma y fortalece el mandato de un Estado regulador, lo que entra en contradicción con los compromisos contraídos en los TBI.

En Ecuador, la preocupación siguió creciendo conforme aumentaban el número de demandas millonarias de los inversionistas ante actos soberanos de recuperación y defensa del patrimonio nacional hipotecado en el pasado a favor de intereses externos.

En un escenario de creciente pérdida de legitimidad a escala nacional e internacional del sistema

2 Poulsen, Lauge N. Skovgaard (2010). The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence, *Yearbook on International Investment Law and Policy* 2009/2010, New York: Oxford University Press, pp. 539-574.

3 UNCTAD (2012) *Investment Policy Framework for Sustainable Development* http://unctad.org/en/PublicationChapters/wir2012ch4_en.pdf y *World Investment Report 2015 – Reforming International Investment Governance* <http://unctad.org/en/pages/PublicationWebflyer.aspx?publicationid=1245>

4 República de Sudáfrica (2009), *Bilateral Investment Treaty Policy Framework Review*, Government Position Paper <http://www.pmg.org.za/files/docs/090626trade-bi-lateralpolicy.pdf>; Gobierno de Australia (2010) *Bilateral and Regional Trade Agreements*, Productivity Commission Research Report <http://www.pc.gov.au/inquiries/completed/trade-agreements/report/trade-agreements-report.pdf>.

de protección de inversiones y del mecanismo de arbitraje internacional, en 2013, el Presidente de la República decide reexaminar las condiciones en que se dieron las negociaciones de TBI, los presumibles vicios de consentimiento, las cláusulas abusivas de los tratados y contratos y otros indicios innegables de prácticas dolosas. Se dispuso, entonces, realizar una auditoría con participación ciudadana que ofreciera información y transparencia, al tiempo que señalara responsabilidades y estableciera precedentes para precautelar un manejo riguroso, conforme el interés nacional en el uso de recursos de origen externo.

El presidente de la República, economista Rafael Correa Delgado, expidió el Decreto Ejecutivo No. 1506, de 6 de mayo de 2013, mediante el cual se creó la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (CAITISA).

Se usó como precedente, la experiencia de la auditoría integral del crédito público, la cual fue realizada entre 2007 y 2008, y tuvo como objetivo transparentar la manera en que se había efectuado el endeudamiento público y el destino de los fondos, tanto como establecer las responsabilidades de los acreedores, así como de otros actores institucionales y personales. Sus importantes resultados brindaron un soporte para llegar a soluciones favorables que generaron una reducción significativa de la deuda comercial ecuatoriana.

El Decreto de creación de CAITISA determinó que la acción fiscalizadora, con acompañamiento ciudadano, debía considerar desde el proceso de firma y negociaciones de los tratados suscritos por el Ecuador, las consecuencias de su aplicación, el contenido y compatibilidad con la legislación nacional, la validez y pertinencia de los procedimientos adoptados, los laudos y decisiones emitidos en procesos de arbitraje internacional en contra de Ecuador, su legalidad, legitimidad y licitud, así como inconveniencias e irregularidades que hubieren provocado o puedan provocar impactos al Estado, a los pueblos y nacionalidades ecuatorianos en términos económicos, sociales y ambientales.

La Comisión, por disposición del mismo Decreto, estuvo integrada por: los titulares o sus delegados de cuatro instituciones del Estado (Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo, Secretaría Nacional de la Política, Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Secretario General Jurídico

de la Presidencia de la República); y por ocho expertos nacionales e internacionales, algunos provenientes de la sociedad civil y/o representantes de organizaciones sociales, con experiencia en el tema de inversiones y/o arbitraje internacional.

El carácter internacional de la Comisión estuvo dado por la participación de expertos provenientes de los siguientes países: Argentina, Colombia, Ecuador, México, Paraguay, Uruguay y Singapur.

Este proceso de auditoría constituye una de las iniciativas del gobierno ecuatoriano, en el marco de un conjunto más amplio de medidas que busca reafirmar la soberanía nacional en materia de regulación de la inversión extranjera y promoción de políticas públicas que beneficien los derechos de los pueblos y la naturaleza, sobre las ganancias corporativas. Otras de las medidas impulsadas por Ecuador en este contexto son: la creación de un centro de solución de controversias en el marco de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) que prevé la aplicación de mecanismos alternativos al arbitraje como la mediación y la conciliación;⁵ y la propuesta de promulgación, en Naciones Unidas, de un código con obligaciones vinculantes para las empresas transnacionales en materia de derechos humanos.⁶

5 Ver <http://www.cancilleria.gob.ec/unasur-avanza-en-la-creacion-de-un-centro-de-solucion-de-controversias/>

6 Ver <http://business-humanrights.org/en/binding-treaty/un-human-rights-council-sessions>

RESULTADOS DE LA AUDITORÍA



A. LOS TRATADOS BILATERALES DE PROTECCIÓN DE INVERSIONES (TBI) EN ECUADOR

Procesos de negociación y firma de TBI

En el contexto descrito en la sección anterior, y en pleno auge de la aplicación de las políticas orientadas a la facilitación del flujo de capitales, el país aplicó como uno de los ejes de su política exterior durante los años 90, la negociación de Tratados de protección de inversiones (TBI). A ese efecto, el Estado negoció 30 de estos Tratados, en el período comprendido entre los años 1968 y 2002, de los

cuales tres no entraron en vigor: dos de ellos porque a pesar de haber sido negociados no fueron suscritos por las partes (que son los casos con Panamá y Costa Rica) y uno por falta de ratificación de la contraparte, como fue el TBI con Rusia. De los 27 TBI que sí entraron en vigor, el suscrito con Egipto, con vigencia de tres años, se extinguió el 19 de abril de 1995, por la no renovación de las partes.

La siguiente matriz registra en qué presidencia se suscribió cada uno de los 30 Tratados Bilaterales de Inversión:

Presidente	Número de tratados	Países
José María Velasco Ibarra (1968-1972)	1	Suiza (1969)
León Febres Cordero (1984-1988)	1	Uruguay (1985)
Rodrigo Borja (1988-1992)	1	Egipto (1992)
Sixto Durán Ballén (1992-1996)	16	Estados Unidos, Chile y Venezuela(1993); Paraguay, Argentina, China, Gran Bretaña, El Salvador y Francia (1994); Bolivia (1995); Panamá1, Alemania, Rumania, Rusia, Canadá y España (1996);
Fabián Alarcón (1997-1998)	2	Cuba(1997), República Dominicana (1998)
Jamil Mahuad (1998-2000)	2	Países Bajos y Perú (1999)
Gustavo Noboa (2000-2003)	7	Nicaragua y Honduras (2002); Suecia, Italia, Finlandia y Costa Rica (2001); Guatemala (2002)

Elaboración: CAITISA

Sobre la negociación de TBI por parte de Ecuador

El proceso de auditoría, después de un análisis minucioso de los archivos de varios ministerios, llegó a la conclusión de que los TBI suscritos por Ecuador no pasaron por un proceso de negociación como tal. No se encontraron indicios de que haya existido una discusión sobre el modelo de TBI que Ecuador estaba firmando, específicamente sobre las posibles implicancias de las cláusulas contenidas en los tratados. Esto da a entender que los funcionarios gubernamentales que suscribieron los sucesivos TBI, dieron su aprobación y firma, sin haber realizado un análisis de las consecuencias de estos instrumentos internacionales; y sin haber intentado negociar términos que preservaran la capacidad regulatoria del Estado.

Sobre el proceso de ratificación de TBI en Ecuador

El proceso de ratificación por el que debieron pasar los TBI firmados por Ecuador depende de las

disposiciones y requerimientos de la Constitución vigente al momento de su aprobación. Dependiendo de la fecha en que los TBI fueron firmados, los mismos debieron seguir el procedimiento de las Constituciones del 1968, 1979 (codificada en 1984) o 1998 (información detallada en cuadro siguiente). Las Constituciones de 1968 y 1979 incluían como requisito de aprobación legislativa. Sin embargo, la Constitución de 1998 excluyó el trámite expreso de aprobación legislativa de algunos tipos de tratados, por lo tanto, varios organismos gubernamentales de turno interpretaron que los TBI no requerirán de aprobación legislativa.

El proceso para la aprobación de estos Tratados Internacionales no siempre cumplió con la legislación ecuatoriana vigente en el momento de la ratificación. También se detectaron otras irregularidades en la aprobación que se produjeron por interpretaciones circunstanciales de leyes o reglamentos y criterios ad-hoc de autoridades de turno.

TBI/Fecha de firma	¿Bajo que Constitución fue ratificado?	Irregularidades en el procedimiento de ratificación
Suiza (1969)	Constitución de 1968	
Uruguay (1985)	Constitución de 1979	Se omitió consultar al Poder Legislativo para su aprobación, requisito especificado en el art. 59.
Egipto (1992)		Se omitió consultar al Poder Legislativo para su aprobación, requisito especificado en el art. 59.
Estados Unidos (1993)		Hubo aprobación legislativa, pero se realizó sobre la base del informe elaborado por la Subcomisión de Convenios y Tratados Internacionales, en lugar de la Comisión Especializada, como mandaba la Constitución de la época.
Chile (1993)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
Venezuela (1993)		Aprobado por el Congreso Nacional
Paraguay (1994)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
Argentina (1994)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
China (1994)		Aprobado por el Congreso Nacional
Gran Bretaña (1994)		Aprobado por el Congreso Nacional
El Salvador (1994)		Aprobado por el Congreso Nacional
Francia (1994)		Aprobado por el Congreso Nacional
Bolivia (1995)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
Alemania (1996)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
Rumania (1996)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
Rusia (1996)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate. El TBI no entró en vigencia dado que Rusia no lo ratificó.
Canadá (1996)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
España (1996)		El proceso de aprobación legislativa se dio sin debate.
Cuba (1997)	Aprobado por el Congreso Nacional	
República Dominicana (1998)	Constitución de 1998	Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Países Bajos (1999)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Perú (1999)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Nicaragua (2002)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Honduras (2002)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Suecia (2001)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Italia (2001)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Finlandia (2001)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.
Guatemala (2002)		Se omitió el proceso de aprobación legislativa.

Elaboración: CAITISA.

A continuación, un detalle de las situaciones especiales e irregularidades que se hallaron. Las mismas darían lugar a cuestionamientos de carácter legal y/o de procedimientos:

- En 11 casos no se encuentran actas de aprobación legislativa, según expresa el Prosecretario General de la Asamblea Nacional, en oficio de 17 de octubre de 2014.

En los casos de TBI con Egipto y Uruguay, la falta de aprobación legislativa es una omisión explícita de un requerimiento de la Constitución de 1979 vigente en ese momento. La falta de un requisito en el proceso de ratificación podría dar lugar a interpretar que este Tratado nunca entró en vigencia, aunque de conformidad con la información remitida por Cancillería, este se encuentra en la lista de tratados vigentes y cuya denuncia fue solicitada por el ejecutivo a la Asamblea Nacional.

En los nueve casos restantes, que se corresponden con los TBI firmados a partir del 1998, la omisión de aprobación legislativa parecería responder a una interpretación pro-inversor del Art. 161 de la Constitución de 1998. En dicho artículo se determinaban los tipos de tratados y convenios internacionales que necesitaban la aprobación del Congreso Nacional. Entre ellos se menciona: “Los que se refieran a los derechos y deberes fundamentales de las personas y a los derechos colectivos”. Parecería que, en aquel momento, se interpretó que los Tratados de Protección de Inversiones firmados por Ecuador, no afectaban derechos individuales y colectivos de los ecuatorianos.

Esta interpretación fue mantenida por los funcionarios gubernamentales entre 1998 y 2002. Sin embargo, del análisis efectuado por la auditoría, se determinó que en los TBI suscritos existen elementos que sí comprometen soberanía y afectan derechos.

Por ejemplo, la transferencia de competencias derivadas de la Constitución o la Ley a un organismo internacional o supranacional, ya que los TBI plantean que las controversias serán sometidas directamente al arbitraje internacional o la afectación que podrían causar los TBI a derechos y deberes fundamentales de las personas y derechos colectivos, eran razones por las cuales los TBI sí ameritaban del conocimiento y aprobación de la Legislatura.

La decisión de eximir de ratificación legislativa los TBI posteriores a la constitución de 1998, se vio reafirmada por interpretaciones negligentes de organismos del Estado. Por ejemplo, el dictamen del Ministerio de Relaciones Exteriores No. 8-AJ-DGAJ, de 12 de enero de 2001, determinó la exclusión de la aprobación legislativa, a cargo del Congreso Nacional, de los TBI suscritos con Nicaragua, los Países Bajos y República Dominicana y fue utilizado como base para su ratificación por parte del Presidente Gustavo Noboa. Cabe destacar que un dictamen del Ministerio de Relaciones Exteriores en ningún caso puede considerarse como documento vinculante de interpretación constitucional.

- Siete tratados, los suscritos con España, Rumania, Bolivia, Canadá, China, Rusia y Cuba, fueron aprobados en una sola sesión (Acta N° 16 de 21 de mayo de 1997), con dos informes similares de la Comisión Especial Permanente de Asuntos Internacionales, redactados escuetamente para el conjunto de tratados, expuestos uno a continuación de otro, sometidos a votación también en conjunto y sin debate. Un legislador objetó el procedimiento porque consideró que se debió debatir y aprobar cada tratado, de manera individual. Se decidió que se remitiera a la Cancillería con resoluciones individuales.

El procedimiento inusual de aprobación múltiple, con informes también conjuntos, revela la superficialidad y ligereza con que se procedió, violentando la norma que disponía el pronunciamiento razonado y sustentado que debían efectuar, tanto la Comisión Especializada como el Congreso en pleno, para cada convenio.

- El tratado con Estados Unidos, suscrito en 1993 y aprobado en 1994, fue sometido a aprobación legislativa con informe de la Subcomisión de Convenios y Tratados Internacionales, y no con informe de la Comisión Especial Permanente, como exigían las disposiciones constitucionales. Uno de los legisladores, Diego Delgado, mediante pedido de reconsideración, objetó el procedimiento en tanto no hubo lectura del Convenio tanto como la improcedencia del informe de la Subcomisión. En otra reconsideración solicitada se advierten inconveniencias puntuales y afectación grave a la soberanía nacional. No obstante, se aprobó el Tratado por mayoría del Pleno.

- Los TBI celebrados con Alemania, Francia y Gran Bretaña fueron aprobados por el Congreso Nacional sin que se diera lectura de su texto, y sin que se llevara a cabo debate alguno.

La falta de lectura del Tratado y del Informe es una irregularidad que se repite, tanto en casos de aprobación múltiple cuanto en casos de tramitación individual.

Los procesos descritos muestran, en esencia, el nivel de persuasión y compromiso político sobre la “necesidad y conveniencia” de atraer la inversión extranjera, la fácil inobservancia de procedimientos legales frente a la enorme magnitud de riesgo que asumía el país al otorgar derechos, garantías y amplias facilidades para los intereses externos, sin inventario de beneficios.

Se confirma también el dominio de las doctrinas y corrientes ideológicas a favor de la total apertura, de incentivos y concesiones ilimitadas para la inversión extranjera. Se complementan estas políticas con expediciones de leyes y reformas legales en el mismo sentido que se expidieron en la misma época, señaladas en puntos precedentes.

Contenidos de los TBI firmados por Ecuador

Los Tratados Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones, firmados por Ecuador, son instrumentos internacionales suscritos con la finalidad de ofrecer a los inversionistas un marco jurídico capaz de proteger dichas inversiones ante cualquier medida gubernamental que pudiese afectarlas. El análisis de los 30 tratados firmados por Ecuador (definiciones básicas, cláusulas substantivas; cláusulas que regulan aspectos como la vigencia y terminación del Tratado), permiten establecer que la mayoría de los TBI sigue un modelo y estructura común. Los únicos TBI de Ecuador donde se encuentran algunas diferencias son los firmados con Suiza, Egipto y Uruguay; estos son más cortos, no incluyen precauciones punitivas ni exigencias de remanencia.

Preámbulo

La mayoría de los Tratados comienzan por el preámbulo en el que se definen las expectativas y características de la relación bilateral y los objetivos que las partes persiguen con la aplicación y observancia del Tratado; en la práctica, los preámbulos se suelen tomar con un carácter meramente declarativo. Sin embargo, los tribunales arbitrales los utilizan con discrecionalidad como un recurso interpretativo que puede, incluso, servir para modificar el alcance de las cláusulas substantivas de los tratados.

Cláusulas principales en los TBI

Más allá de las diferencias particulares menores entre los TBI firmados por Ecuador con diversos países, en ellos es posible encontrar cláusulas tipo o contenidos comunes que marcan una lógica genérica en el contenido de las cláusulas sustantivas. Este conjunto de cláusulas puede resumirse en los siguientes bloques:

- **La definición de inversión:** Describe lo que se entiende por inversión a la luz de estos acuerdos. Siguiendo los parámetros generales, los TBI ecuatorianos protegen tanto a los bienes intangibles como tangibles. Los bienes intangibles incluyen todos los asociados con el movimiento de dinero y sus derechos derivados (inversiones financieras o especulativas), así como los derechos de propiedad intelectual. También incluyen los derechos administrativos, como son las concesiones para explotación de recursos naturales.
- **La definición de inversionista:** Los TBI tienen como sujetos de protección a los inversionistas extranjeros; para determinar si un inversionista es extranjero se deberá identificar no sólo su nacionalidad, sino también el origen de su capital. Si un inversionista busca beneficiarse de un tratado, deberá demostrar que tiene la nacionalidad de uno de los Estados parte. Todos los TBI, salvo las excepciones de los firmados con Uruguay y con Egipto, poseen definiciones sobre qué se debe entender por “inversionista”. En todos los casos, el concepto incluye tanto a las personas físicas como a las jurídicas que sean nacionales de uno de los dos Estados partes del tratado, o que tengan su sede en el territorio de uno de esos dos Estados, respectivamente. Algunos tratados (casos de los TBI con Venezuela, Chile, Argentina, El Salvador o Nicaragua), contemplan una excepción para aquellas personas que han estado domiciliadas más de dos años en el país, a la fecha en que se realizó la inversión, en esos casos, no se les considera inversionista extranjero. En el resto de los casos, y sobre todo con países desarrollados, tal excepción no existe, por lo que una persona física de nacionalidad, por ejemplo francesa, puede estar radicada en territorio ecuatoriano desde hace diez años y sin embargo, al realizar una inversión, ejercer el derecho a la protección a inversiones extranjeras por medio del TBI Ecuador-Francia.
- **Trato nacional:** Surge de Tratados comerciales y refiere la obligación que asume el Estado de dar un tratamiento igual, tanto a la inversión extranjera como a la inversión nacional. Esta cláusula se encuentra en la mayoría de los TBI ecuatorianos.
- **Trato justo y equitativo:** Establece que cualquier procedimiento proveniente del país receptor de la inversión, no deberá vulnerar los estándares mínimos de tratamiento internacional de las

inversiones. Puede incluir conceptos como el de “legítimas expectativas” del inversor. Sin embargo, la expresión “trato justo y equitativo”, en sí misma, es indeterminada, ambigua y puede estar sujeta a diversas interpretaciones. Varios tribunales arbitrales han interpretado extensivamente el concepto de justo y equitativo, al inducir nociones como las legítimas expectativas del inversor, las cuales no están contemplados en los ordenamientos jurídicos internacionales, lo que da lugar a que estas interpretaciones sobrepasen los estándares internacionales de trato a la inversión, reconocidos mundialmente. Para el caso ecuatoriano, la cláusula de “trato justo y equitativo” se encuentra en casi la totalidad de los TBI celebrados, salvo en los TBI con Egipto, República Dominicana y Honduras, en los que no existe una mención explícita.

- **Protección y Seguridad Plenas:** Esta cláusula suele indicar que el Estado está obligado a tomar medidas efectivas para proteger a la inversión de efectos adversos provenientes del Estado anfitrión, sus órganos o terceros. Su naturaleza es similar a aquella del “trato justo y equitativo” al ser también general en su abordaje, por lo cual se suelen analizar en conjunto, a pesar de tener diferencias. Al momento, existe consenso en que la cláusula no ofrece protección absoluta en contra de afectaciones físicas o legales, por lo que el Estado no es responsable de prevenir dichas vulneraciones. En el caso de los TBI del Ecuador, la cláusula de protección y seguridad plenas se encuentra en veintiocho de los treinta TBI celebrados. Las excepciones son los TBI celebrados con Egipto y Cuba.
- **Nación más favorecida (NMF):** Utilizada en los tratados de comercio, significa que el nivel de trato más beneficioso concedido a un país debe ser replicado y respetado para el resto de países, con los cuales un Estado mantiene el mismo tipo de acuerdos. Se trata de la amplificación de las relaciones jurídicas, establecidas de manera restringida y en forma bilateral, a una red genérica de relaciones con otros Tratados de la misma naturaleza. Es, junto con otras cláusulas como la de trato justo y equitativo y la del trato nacional, una de las claves dentro del régimen de protección internacional otorgado a las inversiones mediante los TBI. Ha sido incluida en la gran mayoría de los TBI firmados por Ecuador.

La cláusula NMF trae aparejado el riesgo de la multilateralización del mismo nivel de trato a cualquier inversionista en tanto las partes contratantes, los Estados que firman el TBI, pierden control de los beneficios que se otorgan a las inversiones extranjeras, dificultando así ejercer su poder de emitir políticas diferenciadas, según el tipo de inversión de que se trate. También pierden la posibilidad de diferenciar de acuerdo al país de donde proviene la inversión y, con ello, de privilegiar

aquellos con los que se busca una integración, complementación o apoyo mutuo, más allá de la lógica estrictamente comercial.

A ello se suma el hecho de que es muy difusa o difícil de mantener la capacidad de conocimiento de estas relaciones jurídicas radiales establecidas mediante la cláusula NMF por parte de cualquier sujeto que celebre este tipo de cláusulas, puesto que permite que un universo de inversionistas de terceros Estados demanden al Estado territorial vía un TBI entre Estados del cual no es nacional. Gracias a la inclusión de la legitimación activa para quien posee control indirecto de una empresa, basta con tener una sola acción de una empresa extranjera que cotiza en bolsa para que pueda demandar al Estado, cuyo TBI más garantías le ofrezca, vía la cláusula NMF. En consecuencia, el control y conocimiento real de las obligaciones jurídicas y los riesgos de demandas se transforman en un universo de imposible medición, con lo que el Estado debe entregar su capacidad de regulación cada vez más logrando, mediante este “enfriamiento regulatorio”, una nueva versión del retiro del Estado de sus esferas de acción en favor del ámbito privado.

- **Prohibición de la expropiación directa e indirecta:** Se trata de una prohibición sobre cualquier medida, directa o indirecta, que pudiera afectar a un inversionista extranjero. Se encuentra en todos los TBI de Ecuador. La cláusula de prohibición de expropiación directa se refiere al desapoderamiento forzoso de la propiedad del bien de un inversionista por el Estado. Los TBI incluyen esta prohibición, salvo que sea por sanción de una ley, por declaración de utilidad pública y con el pago de una indemnización pronta y justa hacia el particular. Pero también los TBI incluyen la prohibición de expropiación indirecta, esto es, cualquier otra medida que tuviera efectos similares a una expropiación. Esta cláusula abre las posibilidades de reclamo hacia el Estado de una forma amplísima, se trata de un tipo abierto de cláusula cuyo alcance no se encuentra delimitado o restringido a actos determinados, restringe la capacidad del Estado de poder regular ciertas áreas que considera centrales para el ejercicio de sus funciones como Estado. De este modo, si el Estado decide encarar una nueva regulación de un área de la economía, y la misma afecta negativamente al inversionista extranjero, este puede entenderla como que causa un efecto expropiatorio de sus ganancias o de su inversión dentro del territorio nacional, ello podría provocar que el Estado, a fin de no afectar los negocios de los inversores extranjeros, relegue su capacidad de fijar, modificar o aplicar una regulación.
- **Libre transferencia de divisas:** Son garantías al inversionista para que pueda remitir al exterior libremente sus ganancias, o incluso la inversión misma, sin ningún tipo de requisitos. Todos los TBI (salvo las excepciones de Uruguay y Egipto) contienen esta cláusula.
- **Los mecanismos de solución de controversias:** Son los procedimientos para la solución de conflictos relacionados con los TBI, entre los Estados parte o entre un inversionista extranjero y el Estado anfitrión de la inversión; habilita que una persona natural o jurídica pueda recurrir al arbitraje internacional contra un Estado. Incluye la legitimación procesal para demandar, como también la elección del foro al que acudir (arbitrajes especiales, CIADI, reglas UNCITRAL, Cámaras de Comercio internacionales, etc.).
- **El derecho aplicable:** determina las normas jurídicas aplicables para que el tribunal arbitral emita sus laudos. En 14 de los 30 tratados se contempla la posibilidad de resolver la controversia utilizando el derecho interno del Estado; sin embargo, es una opción más sobre el derecho a aplicar en cada caso presentado. En dieciséis de los TBI ecuatorianos se contempla que el derecho aplicable para dirimir la controversia que se suscite es el propio TBI.
- **Supervivencia o ultractividad:** Determina el tiempo de continuidad de la vigencia del tratado luego de que un Estado parte lo haya denunciado. Permite un período de actividad posterior a la vigencia formal del tratado y habilita a que las obligaciones y la posibilidad de demandar permanezcan activas hasta por 20 años. Las cláusulas de supervivencia de los TBI del Ecuador abarcan una gama de posibilidades. El único TBI que contemplaba una supervivencia de 1 año era el primer TBI con Alemania, de 1965, el cual fue reemplazado por el que se celebró en 1996 y que, actualmente, tiene una supervivencia de 15 años. Sólo los TBI con República Dominicana (ya denunciado y con supervivencia ya extinguida) e Italia poseen una ultractividad de cinco años. En el resto de los tratados, las cláusulas de supervivencia son de 10 o 15 años luego de haber sido pronunciada la denuncia de estos acuerdos. Solamente en el TBI con Gran Bretaña, la supervivencia es todavía de un plazo mayor de 20 años, luego de haber sido denunciado.
- Otra anomalía es que los TBI suelen ser de tácita reconducción, es decir que si no son denunciados, automáticamente se renuevan por un período más. Consecuentemente, en el caso de Ecuador, los períodos de renovación son de 10 años.
- **Cláusula paraguas:** Por medio de esta cláusula el Estado se compromete a cumplir con cualquier otro compromiso sobre inversiones que hubiera asumido mediante otros acuerdos internacionales, el ordenamiento jurídico nacional y contratos suscritos por el Estado con inversionistas extranjeros. La cláusula paraguas no se encuentra en

todos los TBI y tampoco surge con claridad de su lectura. Es más común que su aplicación provenga de la interpretación de los tribunales arbitrales de inversiones respecto de diversas cláusulas de los TBI; en particular, aquellas en las cuales se establece la obligación del Estado de cualquier otro compromiso en materia de inversiones que hubiera asumido en otras fuentes, cuya violación implicaría una violación del TBI. En el caso de los TBI del Ecuador, se evidencia la presencia de la cláusula paraguas en siete casos de una manera clara (EE.UU., Paraguay, Gran Bretaña, Canadá, Países Bajos, Suecia e Italia), aunque hay también siete casos más de donde puede surgir por interpretación.

- **Cláusula de Bifurcación (*Fork in the Road*):** La cláusula *fork in the road* o de bifurcación, es aquella mediante la cual un inversionista extranjero debe optar por recursos internos o el arbitraje internacional, sin poder elegir, más adelante, el recurso de la otra opción. En su esencia, impide que un mismo caso sea presentado simultáneamente en varios foros. Esta cláusula se encuentra en la mitad de los TBI celebrados por el Ecuador. Aquellos TBI que no contemplan esta cláusula son los suscritos con EE.UU., Gran Bretaña, China, Rusia, Canadá, España, Finlandia, Suecia e Italia. En cambio, sí se encuentra esta cláusula que impide multiplicar reclamos en los TBI con Rumania, Alemania y Francia. Esto significa que la mayoría de inversionistas, por provenir de grandes economías, tienen la posibilidad de replicar demandas en distintos foros simultáneamente, lo cual constituye un riesgo más para el Estado ecuatoriano.

Compatibilidad de las cláusulas sustantivas de los TBI frente a normativas nacionales e internacionales

Frente a políticas y normativas internas y la capacidad regulatoria del Estado

Los TBI de Ecuador mantienen un modelo tradicional que se celebra con la mayoría de naciones del mundo, incluyen los mismos estándares de protección de inversiones, sin considerar las condiciones económicas y sociales particulares de cada país.

La simple lectura de los contenidos fundamentales de los TBI, sintetizados en las cláusulas referidas en el punto anterior, permite deducir las limitaciones e interferencia a la potestad de un Estado para administrar y orientar la inversión extranjera que ingresa a su territorio en función de sus intereses legítimos y soberanos. Eso sí, aseguran la posibilidad de que los Estados sean objeto de demandas y laudos arbitrales en el Sistema de Arbitraje Internacional que imponen fuertes sanciones económicas ante una supuesta ruptura de cláusulas de los Tratados.

Son varios los casos en que se identifican confrontaciones y distorsiones entre las cláusulas contenidas en los TBI y los compromisos públicos adquiridos y la estructura jurídica del Estado ecuatoriano.

En materia tributaria los gobiernos en funciones han expedido leyes y reformas legales conforme los requerimientos públicos y el interés nacional por aplicar justicia impositiva y asegurar el financiamiento presupuestario. Pero, amparado por el TBI, el inversionista puede cuestionar la validez de una medida fiscal, más aun cuando plantea que dicha medida es directamente equiparable a la expropiación indirecta. La presunción misma de licitud y de validez del acto del Estado es puesto en cuestión y será la prerrogativa del tribunal arbitral pronunciarse sobre estos tópicos.

El libre flujo de divisas hacia y desde el exterior, garantizado a un inversionista extranjero, altera la potestad del Estado que busca regular su moneda (cuando Ecuador tuvo moneda nacional) y reservas internacionales, mediante el control del flujo de transferencias para proteger el equilibrio en sus cuentas con el exterior. La fuga de capitales puede ser devastadora para un Estado, creando inestabilidad en la economía y finanzas. De ejercer estos controles para evitar una crisis, el Estado podría ser demandado internacionalmente por el inversionista extranjero por incumplimiento de un TBI bajo el que tiene compromiso de permitir esa libre transferencia de divisas.

En las Constituciones vigentes en la República del Ecuador desde 1978, se pudo constatar que la noción de *expropiación indirecta* no está considerada ni consagrada en ninguna de las citadas normas. Esa figura tampoco fue explícitamente reconocida como parte integral de la normativa interna, por la que el Estado consiente una limitación substancial de sus competencias legislativas, jurisdiccionales u otras.

La Constitución de 2008 reafirma el derecho del Estado para expropiar y nacionalizar, conforme a la regla internacional consuetudinaria, competencia que la ejerce, por razones de utilidad pública o interés social y nacional. Como en los textos constitucionales precedentes, se puede notar que no existe una clasificación de la noción de expropiación bajo figuras distintas, sino más bien la mención explícita de la expropiación y de la nacionalización. Y ello, sin ninguna duda, está conforme a la regla de Derecho internacional. Expropiar o nacionalizar es, ante todo, un derecho del Estado que se desprende de su carácter de ente soberano.

La cláusula “*trato nacional*”, en primer lugar, se opone a la disposición constitucional de prioridad de la inversión nacional y de que la inversión extranjera será complementaria a la nacional. En segundo lugar, constituye un trato preferencial y de supremacía del inversionista extranjero, porque el inversionista nacional no tiene el derecho de recurso directo al arbitraje internacional.

Frente a los objetivos de desarrollo

El país ha debido transitar por épocas de injusticias, inequidad y pobreza para una mayoría de su población, mientras crecía el acaparamiento y concentración de ganancias en pocos, pero poderosos, beneficiarios internos y del exterior a costa de la explotación de vastos recursos patrimoniales. Ante esa realidad hubo varios esfuerzos por superar esas taras e impulsar un verdadero desarrollo nacional orientado por objetivos fundamentales, que se mantuvieron desde que surgió el mecanismo idóneo de la planificación.

Naturalmente, esos legítimos esfuerzos por reducir la marginalidad, la injusta dependencia económica externa, por redistribuir la riqueza, por la igualdad de oportunidades y el crecimiento productivo se relegaron a medida que se permitió que prevaleciera el interés particular –como el que enarbolan las exigencias de inversionistas extranjeros– por sobre el interés público.

Para citar formas concretas en que cláusulas de los TBI suscritos confrontan con los objetivos de desarrollo, se recurre a los planteamientos del Plan Nacional para el Buen Vivir (PNBV) adoptado por el Gobierno actual.

La Constitución vigente, respecto de las inversiones, dispone que tanto la inversión nacional, cuanto la extranjera se han de orientar al cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, lo cual implica un direccionamiento o, por lo menos, vigilancia estatal para su efectiva realización. Esto choca con la liberalidad garantizada en los TBI.

Uno de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo es la transformación del Estado y la recuperación de sus capacidades reguladoras y planificadoras dirigidas a la satisfacción de las necesidades de la población, lo cual admite la adopción de medidas y expediciones legales en ejercicio de la soberanía nacional. Sin embargo, de forma intolerable, los actos internos del Estado, especialmente regulatorios, están sometidos a control internacional cuando los árbitros son quienes deciden si guardan conformidad con los estándares de protección de las inversiones.

Por otro lado, el rol privilegiado otorgado a las empresas transnacionales en la propiedad y en el acceso a los medios de producción, conforme sus mayores intereses, no podrían ser afectados cuando la acción del Estado pretende modificar la matriz productiva y los esquemas de acumulación, distribución y redistribución de la riqueza en la sociedad.

Frente a la legislación regional definida en los procesos de integración

Las instancias de integración regional han expedido regímenes comunes de tratamiento a la inversión extranjera directa y a los flujos de capitales extranjeros que ello implica. El grupo más asiduo que integra Ecuador es la Comunidad Andina de Naciones (CAN), constituida en 1969.

Entre las primeras Decisiones de la CAN está la N° 024 (diciembre de 1970), que estableció el Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías, bajo la consideración de que la inversión extranjera “puede realizar un aporte considerable al desarrollo económico de América Latina, siempre que estimule la capitalización del país donde se radique, facilite la participación amplia del capital nacional en ese proceso y no cree obstáculos para la integración regional”.

Tal enunciado establecía, entre otros aspectos, que el tratamiento a los capitales extranjeros no puede ser discriminatorio en contra de los inversionistas nacionales; el mayor acceso posible a la tecnología moderna y a las innovaciones de carácter administrativo del mundo contemporáneo; la transformación gradual de empresas extranjeras en nacionales o mixtas; la necesidad de autorización de la inversión extranjera por autoridad competente, que determinará si la admite en sectores reservados para empresas nacionales públicas o privadas; restricciones para concesiones en sectores de productos básicos (incluye exploración y explotación de hidrocarburos y forestales) con preferencia a formas contractuales de asociación; prohibición de establecimiento de empresas extranjeras en el sector de servicios públicos, tampoco en actividades financieras (seguros, banca comercial y demás instituciones financieras); no admisión de nueva inversión extranjera directa en empresas de transporte interno, publicidad, radioemisoras comerciales, estaciones de televisión, periódicos, revistas ni en las dedicadas a la comercialización interna de productos de cualquier especie.

Esta Decisión fue reformada en mayo de 1987, mediante la Decisión 220 que conservaba su

contenido esencial. En particular se reitera que los Países Miembros no concederán a los inversionistas extranjeros ningún tratamiento más favorable que el que otorguen a los inversionistas nacionales y que para la solución de las controversias o conflictos derivados de las inversiones extranjeras directas, o de la transferencia de tecnología extranjera, los Países Miembros aplicarán lo dispuesto en sus legislaciones internas.

También, bajo ese régimen se debía analizar y autorizar operaciones de crédito externo de las empresas transnacionales, con límites a las tasas de interés. Si se hubiera mantenido esa norma, el país no habría sido perjudicado durante décadas por la fraudulenta práctica de la subcapitalización que se destaca más adelante, en esta auditoría.

En marzo de 1991 surtieron efecto las presiones para el cambio total de políticas y regímenes a favor de la máxima apertura y liberalización de la inversión extranjera, de forma que la Comunidad Andina de Naciones expidió la Decisión 291, vigente hasta estos días. Justifica el giro regional por la “implementación de una racionalidad económica fundada en la iniciativa privada, en la disciplina fiscal y en un Estado redimensionado y eficaz”.

Las nuevas normas acogieron el modelo de liberalidad, de ventajas a la intervención privada y de auto regulación. Como ejemplos se citan el establecimiento de la igualdad de derechos y obligaciones para inversionistas extranjeros y para los nacionales, la libre circulación de divisas y transferencias al exterior y la extensión, a cualquier inversionista extranjero, de ventajas del Programa de Liberación del Acuerdo de Cartagena.

En lo referente a contratos de transferencia de tecnologías, el Decreto 415, emitido por Sixto Durán, dice ajustarse a la Decisión 291 de la CAN; sin embargo, sólo establece procedimientos de registro y no incluye las precauciones y condicionamientos de evaluación, que sí contempla la norma comunitaria para asegurar efectividad y transparencia en la ejecución de tales contratos.

La tendencia en la legislación regional en cuanto al régimen de tratamiento a los capitales extranjeros no ha cambiado, aunque los reparos y cuestionamientos han ido extendiéndose entre los gobiernos de los Países Miembros, auspiciados también por movimientos sociales que exigen se ponga término a la explotación indolente de las empresas transnacionales.

Con el surgimiento de las nuevas organizaciones en la Región Latinoamericana, como UNASUR y CELAC, toman fuerza los planteamientos de una nueva arquitectura financiera internacional que ofrezca alternativas para el financiamiento de proyectos nacionales, y que organice instancias confiables para el ejercicio de la justicia y derechos soberanos de los pueblos.

En ese contexto, se ha planteado la creación del Centro de Solución de Controversias en Materia de Inversiones de UNASUR y se encuentra en funciones el Observatorio del Sur sobre Inversiones y Transnacionales, nacido de la iniciativa aprobada en la I Conferencia Ministerial de Estados Latinoamericanos Afectados por Intereses Transnacionales, celebrada el 22 de abril de 2013 en la ciudad de Guayaquil.

Frente al Derecho Internacional y los Derechos Humanos

Ecuador, como la mayoría de los países del mundo, ha adherido a la normativa internacional que protege los derechos humanos. No solo la Declaración Universal de Derechos Humanos, sino también instrumentos jurídicamente vinculantes, como el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos y el Pacto Internacional de Derechos Económicos, Sociales y Culturales.⁷ De hecho, en el año 2000, Ecuador se convirtió en el primer país de América Latina en suscribir todos los tratados internacionales sobre derechos humanos adoptados a nivel de Naciones Unidas y de la Organización de Estados Americanos. En 2006, el Gobierno del Ecuador lanzó su candidatura al Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas y en ese acto, reafirmó su compromiso con la evolución de los derechos humanos.⁸

Los TBI firmados por Ecuador contienen numerosas obligaciones jurídicas; ninguna de ellas contempla obligaciones de derechos humanos, por el contrario, los TBI desarrollan un régimen jurídico paralelo, con un conjunto de obligaciones propias, con un sistema de aplicación propio, sin ningún tipo de contemplación de otras obligaciones internacionales. Ni siquiera aquellas de carácter *erga omnes*, como es el régimen jurídico de los derechos humanos. Los tribunales arbitrales del CIADI, que han laudado hasta el momento, no han considerado los derechos humanos dentro de sus decisiones, ni siquiera aún en su reconocimiento *erga omnes a nivel internacional*. Aunque, en algunos casos, sí han reconocido explícitamente que sus decisiones pueden involucrar interés.

⁷ Ver http://tbinternet.ohchr.org/_layouts/TreatyBodyExternal/Treaty.aspx?CountryID=53&Lang=SP

⁸ Ver <http://www.un.org/ga/60/elect/hrc/ecuador.pdf>

No sólo los TBI y los tribunales arbitrales no contemplan los derechos humanos, sino que los derechos de los inversores consagrados en los TBI y las posibilidades que se le otorgan de demandar a los Estados, vulneran directamente la obligación de los Estados, de respetar y hacer respetar los derechos humanos en su territorio.

Recientemente, el experto Independiente de Naciones Unidas sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred de Zayas, advirtió que “los Estados conciertan tratados bilaterales y multilaterales de libre comercio y tratados de inversiones, que obstaculizan el cumplimiento de las obligaciones contraídas en virtud de tratados de derechos humanos y dan lugar a la violación de los derechos civiles, culturales, económicos, políticos y sociales”.⁹ Ya en el año 2003, el Consejo de Derechos Humanos de la ONU se había expresado de manera similar con respecto a las incompatibilidades entre los TBI y el correcto cumplimiento de los derechos humanos.¹⁰

En este debate, es necesario destacar la jerarquía de normas. La valoración y jerarquía de normas u obligaciones internacionales se halla contemplada en el artículo 103 de la Carta de Naciones Unidas cuando dice: “Art. 103: En caso de conflicto entre las obligaciones contraídas por los Miembros de las Naciones Unidas en virtud de la presente Carta y sus obligaciones contraídas en virtud de cualquier otro convenio internacional, prevalecerán las obligaciones impuestas por la presente Carta”. Tal es el caso de las normas de *ius cogens* y las obligaciones *erga omnes* del derecho internacional.

No obstante, estos compromisos expresos, los TBI firmados por Ecuador interfieren negativamente y afectan la capacidad del Estado ecuatoriano de respetar, proteger y cumplir sus obligaciones en materia de derechos humanos.

Sobre la falta de obligaciones vinculantes para los inversores internacionales

La normativa internacional sobre la cual se determinan responsabilidades personales en materia de derechos humanos, se encuentra en el Estatuto de la Corte Penal Internacional (CPI), establecida mediante el Estatuto de Roma en 1998. Sin embargo, los tipos penales que establece este instrumento internacional están enmarcados en hechos directos de violencia como el genocidio, delitos de lesa humanidad, crímenes de agresión o crímenes en contra del derecho internacional humanitario.

Sin embargo, las violaciones a los derechos humanos pueden ser mucho más amplias y prolongadas cuando una persona jurídica pública (el Estado) o privada (una empresa transnacional) por defender sus intereses, a veces antagónicos, impiden el goce y ejercicio de los derechos sociales.

Las empresas transnacionales pueden ser factores de progreso y de modernización, pero, al mismo tiempo, fuertes limitantes de la soberanía económica, social y política de los Estados, causando altos impactos que no deben quedar exentos de garantías hacia las poblaciones locales. No obstante, hay una carencia de regulaciones a nivel global para dar a las comunidades la misma certeza sobre derechos y obligaciones que tales empresas piden a los gobiernos.

La responsabilidad por violación al régimen internacional de los Derechos Humanos ha sido definida en términos normativos, en resoluciones de la Asamblea General de Naciones Unidas, adoptadas en 2001, en cuanto atañe a los Estados por actos internacionalmente ilícitos.

No obstante, existe poca referencia jurídica sobre la responsabilidad que han tenido los organismos internacionales cuando han promovido políticas de privatizaciones, de liberalización irrestricta de mercados, cuyos resultados han afectado el pleno goce de los derechos humanos, individuales y colectivos. Estos organismos, que son el Fondo Monetario Internacional (FMI), el Banco Mundial (BM), el Banco Interamericano de Desarrollo (BID), la Organización Mundial de Comercio (OMC), la Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económicos (OCDE), a más de políticas y condicionamientos impuestos, por diferentes vías, a los estados periféricos, se han empeñado en asegurar garantías al capital privado, como es la adopción de regímenes de protección de inversiones extranjeras.

Con ese respaldo de actores influyentes y una normativa jurídica que limita la responsabilidad de los inversionistas, se pone en evidencia que ellos son sujetos de todos los derechos sin contrapartida alguna. Es por eso que en los tratados de inversiones, promovidos por los organismos internacionales y los gobiernos de países de origen de los capitales, no se estipulan obligaciones internacionales vinculantes para las sociedades transnacionales que les obligue a respetar y hacer respetar los derechos de los pueblos, los ambientales, laborales y culturales.

En las circunstancias expuestas, la opción más coherente parecería ser el establecimiento de un

⁹ Informe del experto independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo sobre Arbitraje de diferencias inversor-estado (A/70/285). http://www.ohchr.org/Documents/Issues/IntOrder/A-70-285_sp.doc

¹⁰ ONU, Informe del Alto Comisionado de ONU para los Derechos humanos “Los derechos humanos, el comercio y las inversiones”.

marco jurídico de alcance mundial para entidades que por sus características actúan de manera global, en el campo empresarial. La iniciativa ecuatoriana de crear códigos vinculantes a nivel internacional que responsabilicen a las transnacionales por violaciones a los derechos humanos viene a llenar ese vacío jurídico. Dichos códigos podrían establecer jurisdicciones complementarias en las que el régimen internacional de los derechos humanos pueda ser aplicable en todo el mundo, ya sea en el ámbito de los Estados, de personas físicas o jurídicas.¹¹

Decisión política sobre la denuncia de los TBI

En materia de denuncia de los tratados, el principio general del Derecho Internacional determina que se ha de seguir el procedimiento establecido en el instrumento a denunciar. Todos los TBI de Ecuador contemplan una cláusula de denuncia que habilita a cualquiera de las partes firmantes a terminar de manera unilateral el Tratado. La contrariedad que el camino de la denuncia conlleva es la ultractividad de estos acuerdos, generalmente por períodos de 10 o 15 años. Para la denuncia de estos tratados no se requiere de la voluntad concurrente de las partes que celebraron el acuerdo, pues, es un derecho del Estado que decide retirarse y este acto no conlleva ninguna confrontación o incompatibilidad con norma alguna del Derecho Internacional.

Ecuador inició el proceso de denuncia de sus TBI en el año 2008, simplemente invocando la facultad jurídica que los mismos TBI conferían para tal efecto; se trata de cláusulas objetivas en su momento incorporadas a cada tratado. Como se indicó, tal denuncia no requiere de consentimientos previos que pudieran condicionar o, en los hechos, “vetar” el derecho de denuncia establecido en una cláusula.

La decisión se fundamentó en el entendido de que varios compromisos asumidos a través de los TBI constituyen elementos de erosión de las competencias estatales y obstáculos para dictar y aplicar políticas nacionales de desarrollo.

Una primera fase del proceso de denuncia se inició en 2008, bajo las normas de la Constitución de 1998. En ese proceso se denunciaron nueve TBI: Cuba, Honduras, Guatemala, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania, Salvador y Uruguay. De acuerdo con dicha Constitución el proceso de denuncia se debía cumplir únicamente con el envío de notas reversales a las embajadas de la otra parte suscriptora, notificando la decisión

del Gobierno del Ecuador de dar por terminado el respectivo TBI. De tal manera, la denuncia de estos TBI concluyó, toda vez que fueron notificados los respectivos Estados. No obstante, sólo los TBI suscritos con Uruguay, República Dominicana, y Guatemala –país que declaró expresamente terminado el convenio una vez que Ecuador notificara la denuncia–, han perdido vigencia; los demás, siguen vigentes por aplicación de la correspondiente cláusula de supervivencia.

La segunda fase se completó con el inicio del proceso de denuncia de los 17 TBI restantes, de los 26 vigentes, la cual se inició en el año 2010, con sujeción a las disposiciones de la Constitución de Montecristi, aprobada en 2008.

Ecuador fijó nuevas reglas en la Constitución de 2008 respecto del tema de inversiones y del sometimiento al arbitraje internacional, sobre las cuales fue preciso readecuar las relaciones políticas e institucionales del Ecuador en esta materia. El nuevo mandato constitucional que viabilizó el proceso de reorganización emprendido por el Estado ecuatoriano, es un acto que se inscribe directamente en la regla *erga omnes* de la autodeterminación y al derecho de cada Estado y pueblo de elegir su propio sistema económico, social, político y cultural. Como resultado jurídico, habría un cambio fundamental de circunstancias que se consagra en la nueva Constitución de la República, vigente desde septiembre de 2008.

El trámite para la denuncia de los tratados internacionales fue modificado sustancialmente con la Constitución de 2008, al incorporar pasos como: la resolución de denuncia de la Asamblea Nacional, el dictamen vinculante de la Corte Constitucional y la confirmación de la Presidencia de la República.

Si bien se ha iniciado el trámite de denuncia de todos los TBI, son pocos los que se han completado. La mayoría de los mismos se encuentran pendientes dentro del recorrido de actos administrativos, legislativos y judiciales necesarios para completar la denuncia. El cuadro siguiente identifica la situación en que se encuentra cada TBI respecto del proceso de denuncia.

¹¹ Los nuevos códigos vinculantes sobre derechos humanos para las empresas transnacionales serían el instrumento que incluya la jurisdicción sobre personas jurídicas no estatales en esta materia.

TBI	Ejecutivo inicia proceso de denuncia	Dictamen vinculante de C.C.	Asamblea aprueba la denuncia	Confirmación del Ejecutivo	Vigente (sí/no)	Cláusula de Supervivencia
Egipto (terminó en 1995 por no renovación)					No	N/A
República Dominicana	2008			X	No	5 años
El Salvador	2008			X	Sí	10 años
Cuba	2008			X	Sí	10 años
Nicaragua	2008			X	Sí	10 años
Guatemala	2008			X	No	10 años
Honduras	2008			X	Sí	10 años
Uruguay	2008			X	No	N/A
Paraguay	2008			X	Sí	10 años
Rumania	2008			X	Sí	10 años
Finlandia	2010	X	X	X	Sí	10 años
Alemania	2010	X	X		Sí	15 años
Gran Bretaña	2010	X	X		Sí	20 años
Francia	2010	X	X		Sí	15 años
Suecia	2010	X	X		Sí	15 años
Países Bajos	2010	X			Sí	15 años
Venezuela	2010	X			Sí	10 años
China	2010	X			Sí	10 años
Chile	2010	X			Sí	10 años
Suiza	2010	X			Sí	10 años
Canadá	2010	X			Sí	15 años
Estados Unidos	2010	X			Sí	10 años
Argentina	2010	X			Sí	15 años
Bolivia	2010	X			Sí	10 años
Perú	2010	X			Sí	15 años
España	2010	X			Sí	10 años
Italia	2010	X			Sí	5 años

Elaboración: CAITISA.

Sobre el dictamen de la Corte Constitucional

Todos los TBI, cuyo trámite de denuncia se inicia en 2010 (bajo la Constitución de 2008) cuentan con dictámenes de la Corte Constitucional. La misma declara que los TBI vigentes son en todo, o en parte, incompatibles con los nuevos paradigmas formulados jurídicamente en la Constitución de la República; entre otros, se puede citar la recuperación de la soberanía nacional, en general, y de la soberanía jurisdiccional, en particular.

Tras el análisis de los diversos TBI suscritos, la Corte consideró tres argumentos para su denuncia: Primero, la reorganización normativo-social del Estado, que determinó un nuevo marco constitucional en relación con las obligaciones internacionales.¹² Segundo, en varios dictámenes se refirió e invocó explícitamente a la cláusula de denuncia contenida en los tratados sobre inversiones analizados¹³ y, tercero, reveló una serie de incompatibilidades entre algunas reglas de los tratados, en especial en lo referente a la transferencia de competencias, con las disposiciones constitucionales.

Sobre los pasos pendientes en el proceso de denuncia

- El TBI con Finlandia es el único que ha finalizado el proceso de denuncia;
- Los expedientes de los TBI con Alemania, Francia, Gran Bretaña y Suecia cuentan con informes favorables de la Comisión Especializada y han sido aprobados por la Asamblea Nacional; por lo tanto, se encuentran en espera de la notificación a sus países correspondientes y continúan vigentes;
- El TBI suscrito con Italia no cuenta con informe favorable de la Comisión especializada, por tanto, no se ha presentado al pleno de la Asamblea;
- Los trámites de denuncia de los TBI con China, Chile, Venezuela, y Países Bajos entraron a debate en el pleno de la Asamblea Nacional, sin que se hubiere puesto fin al mismo; y,
- Los TBI con Argentina, Bolivia, Canadá, España, Estados Unidos, Perú y Suiza se encuentran aún en espera para ser conocidos por el pleno de la Asamblea Nacional.

¹² Véase, Dictamen de la Corte Constitucional, tratado Ecuador- Chile, 2010, pág. 16.

¹³ Véase, Dictamen de la Corte Constitucional, tratado Ecuador- Alemania, 2010, pág. 36-37.

Sobre objeciones a la denuncia realizadas por Estados contraparte

De los diez TBI denunciados, solamente en dos casos ha habido objeción por parte del otro Estado hacia la denuncia del Ecuador. Estos son los casos de Uruguay y de Rumania, como se ha comprobado, ambos países plantean controversias sobre un punto de derecho, aunque por distintas cuestiones.

En el caso de Uruguay, dicho país plantea no una objeción explícita a la denuncia hecha por Ecuador sino una especie de contraoferta a dicho acto que se realizó mediante nota diplomática de 12 de febrero de 2008: abrir un “período de transición” entre la fecha de denuncia y “hasta que se defina un nuevo marco jurídico que regule las inversiones entre ambos Estados”. En este período de transición, Uruguay pide mantener los derechos y garantías a los inversores uruguayos en el Ecuador con idéntica protección y un tratamiento no menos favorable que el previsto a los nacionales de otros Estados. Lo que Uruguay plantea es que se acuerde una ultractividad de los derechos establecidos en el TBI, remanencia que el TBI Ecuador-Uruguay no posee, por lo tanto, Ecuador podría consentir expresamente este pedido de mantener los efectos del TBI post denuncia, lo cual implica la supervivencia del tratado denunciado “hasta que se defina un nuevo marco jurídico”.

Por su parte, Rumania fue el único país en realizar una objeción al acto de denuncia ecuatoriano. En su nota del 3 de marzo de 2008, con la cual objeta el acto mencionado, plantea que el TBI puede denunciarse sólo doce meses antes de finalizar su período de vigencia, ya que la única posibilidad jurídica para la salida antes de la última fecha del período de vigencia del TBI es por mutuo acuerdo de partes, y aclara que la recepción y confirmación de la nota de denuncia no constituye una expresión de consentimiento de dicho acto.

Primero, Rumania está en todo su derecho de objetar la denuncia de Ecuador. Esto plantea un escenario de controversia internacional sobre un punto de derecho y es sobre la interpretación de las disposiciones finales del TBI.

Al no estar involucradas normas de *ius cogens*, el modo adecuado para resolver esta controversia hubiera sido que ambos Estados decidieran, dentro del plazo de doce meses, un método de solución pacífica de controversias que se menciona en el artículo 33 de la Carta de la ONU. Pero, parece que esto no ha ocurrido, ni Ecuador ni Rumania han mantenido conversaciones sobre la forma de resolver su controversia respecto de las obligaciones del TBI. El tratado se encuentra, en consecuencia, en un “limbo” jurídico, no tratado por ninguno de los expertos en la materia.

Sobre la cláusula de supervivencia o remanencia

La cláusula de supervivencia o remanencia, es aquella disposición convencional que determina la continuación, por un tiempo determinado, de las obligaciones de los Estados parte de un TBI, en referencia a las inversiones realizadas en el territorio de estos países con anterioridad a la denuncia del TBI. Esta cláusula tiene por objeto extender el régimen de protección que otorga a la inversión extranjera un TBI, pese a la denuncia del mismo, por un tiempo determinado convencionalmente por los países que suscribieron dicho acuerdo.

Su particularidad reside en el hecho de que entra a jugar como cláusula autónoma, como fuente de obligaciones internacionales convencionales que subsisten en la carga del Estado, aún cuando ha terminado el tratado. Sin duda, se trata de un mecanismo jurídico que relativiza substancialmente la regla “*Pacta Tertiis nec nocent nec prosunt*”. El Estado que ya no sea parte del tratado mantendría, debido a la cláusula de remanencia, todas y cada una de las obligaciones. Sin embargo, la cláusula de remanencia ya no tendría vigencia en el caso de las inversiones que se efectúen post terminación del tratado. En este caso, el Estado está plenamente habilitado por el derecho internacional a no ejecutar ninguna de las obligaciones convencionales, sino a aplicar plenamente su derecho interno.

En cuanto a la cláusula de supervivencia en los TBI suscritos por Ecuador, existen distintos períodos para la ultractividad, con excepción de Egipto y Uruguay que no la incluyen. Los TBI con República Dominicana y con Italia indican cinco años. En el resto de tratados las cláusulas de supervivencia son de diez o quince años, luego de haber sido denunciados. Solamente el TBI con Gran Bretaña establece un plazo mayor, 20 años luego de la denuncia.

Podría ser comprensible que, en el contexto en que se firmaron los TBI, y en el afán de otorgar un nivel aceptable de seguridad jurídica a las inversiones realizadas antes de la denuncia de un tratado, las partes estipulen medidas de protección durante la transición a un régimen de protección de inversiones diferente a la modalidad de los TBI. Lo que resulta incomprensible es, junto con la amplitud de las condiciones de los TBI, la cantidad de años de la mayoría de cláusulas de remanencia, tiempo en el cual podrían contravenir tanto el ordenamiento jurídico nacional, cuanto las políticas públicas implementadas por el Gobierno, limitando la capacidad del Estado a decidir sobre su política económica, financiera o tributaria. En virtud de la remanencia en los TBI, Ecuador se ha visto obligado a sustanciar controversias en foros internacionales, pese a que la Constitución ecuatoriana expresamente lo prohíbe.

Diferentes posiciones doctrinarias sobre la validez de la cláusula de supervivencia

Respecto de la cláusula de supervivencia, se debe mencionar que no existe consenso en la doctrina sobre su implementación.

Una corriente de opinión sostiene que, aún en el caso de que un país haya dado por terminados los tratados sobre inversiones y renunciado al Convenio de Washington, entra a regir la cláusula de remanencia por su carácter específico en los diversos TBI. Con su vigencia, las obligaciones internacionales continúan intactas confirmándose, inclusive lo referente al arbitraje internacional, en especial, ante el CIADI. De tal manera la cláusula de remanencia se rige por el principio *lex specialis* entre tratados.

Otra corriente doctrinal, que se origina en la Convención de Viena de 1969, sostiene que cuando un Estado denuncia un tratado, denuncia la totalidad, es decir la integralidad de sus disposiciones. De esta manera, al denunciar un tratado específico sobre inversiones, se trata de todo el tratado y, obviamente, el tratado denunciado incluye a la cláusula de remanencia como parte integral. En esta perspectiva, la cláusula de remanencia no adquiere autonomía fuera del tratado, ya que es una disposición más.

Además, se argumenta que el efecto directo de la denuncia del Convenio de Washington por parte de Ecuador es la inaplicabilidad de toda cláusula particular contenida en los TBI, referente al derecho discrecional del inversionista de dirimir un diferendo con el Estado ante el CIADI, contra un Estado no Parte. Para que dicho mecanismo se ponga en marcha, se exige el consentimiento de ambos Estados Parte al tratado sobre inversiones.¹⁴ Es decir, la doble exigencia, o en su caso, un consentimiento para el caso específico por parte del Estado. Según esta tesis, no se puede deducir del artículo 72 del Convenio de Washington una especie de consentimiento *ad perpetuum* que desemboque en una obligación para el Estado.

Sobre la interpretación de la Corte Constitucional respecto de la cláusula de remanencia

En algunos dictámenes referentes a la constitucionalidad de los TBI, la Corte Constitucional se refirió a la cláusula de remanencia. Sin entrar en un análisis cualitativo de la cláusula, la Corte sostiene que existe una relación directa entre la denuncia del tratado en cuestión, la denuncia del Convenio de

Washington y la cláusula de remanencia. Se trata más bien de una aseveración y no de un análisis sobre esa relación jurídica a partir de las reglas convencionales. En consecuencia, no se trató el espinoso tema del alcance y contenido de la denuncia del Convenio de Washington de 1965, el ejercicio de la jurisdicción del CIADI y la cláusula en cuestión.

En la mayoría de los dictámenes, la Corte afirmó que las obligaciones internacionales para con los inversores contenidas en los TBI serían aplicables durante el “período de transición”, entre la terminación y el período de remanencia determinado en cada tratado sobre inversiones. Los dictámenes de la Corte aceptan que una vez denunciado el tratado en su integralidad, incluyendo la cláusula llamada de remanencia, salvo el articulado referente a la denuncia, todas y cada una de las obligaciones convencionales siguen siendo directamente aplicables. Con esta hipótesis, la nueva organización social, política y económica plasmada en la Constitución de 2008, no sería invocable ni aplicable.

Dado que los dictámenes de la Corte Constitucional pueden corresponderse con actos de un órgano del Estado, el razonamiento de la Corte Constitucional podría ser invocado por otro Estado para reivindicar la aplicabilidad y autonomía de la cláusula de supervivencia.

Ecuador y el Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)

Un hito clave en la consolidación del sistema de solución de controversias en materia de inversiones fue la celebración del Convenio de Washington, firmado en 1966, por medio del cual se creó el Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI). Este Centro es una institución supranacional, dependiente del Banco Mundial, instituido con el objetivo de conocer y solucionar las disputas que pueden surgir entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión.

Con el transcurso del tiempo se constituyó en uno de los principales centros de solución de controversias en materia de inversiones externas y en el principal tribunal donde ha sido demandado el Estado ecuatoriano.

Vale la pena rescatar, como hito histórico, el hecho de que en 1964, durante una reunión anual del Banco Mundial en Tokio, el gobierno de Ecuador, junto a otros 20 países en desarrollo, votaron en contra del establecimiento de un centro de solución

14 F. M. Lavopa, L.E. Barreiros, M. V. B. (2013). “How to Kill a BIT and not Die Trying: Legal and Political Challenges of Denouncing or Renegotiating Bilateral Investment Treaties”. *Journal of International Economic Law*, December: 874. Dichos autores pregonan la renegociación de las cláusulas de los TBI referentes a los diferendos.

de disputas entre inversores y Estados, lo que hoy sería el CIADI.¹⁵

Irregularidades en el proceso de adhesión al CIADI

Los documentos que instrumentan la adhesión del Ecuador al CIADI presentan una serie de irregularidades que hay que tener en cuenta, para constatar la vigencia efectiva del sometimiento a ese tribunal arbitral. El Convenio de Adhesión al CIADI, fue suscrito en la ciudad de Washington el 15 de enero de 1986, por el entonces Canciller Édgar Terán Terán, durante una visita del ex Presidente León Febres Cordero a esa ciudad. El mismo día, el Canciller Terán dirigió una comunicación al Banco Mundial, afirmando que dicho Convenio “se encuentra en plena vigencia de acuerdo con las normas legales del país”.¹⁶

La afirmación del Canciller Terán, contenida en el documento citado, era claramente inexacta ya que para la vigencia efectiva del Convenio, era necesaria la aprobación del Congreso Nacional y la ratificación del Presidente de la República, tal como lo disponía la Constitución de 1979, codificada en 1984.

Las organismos competentes del Banco Mundial anunciaron que Ecuador había depositado el instrumento de aceptación del Convenio y comunicaron su vigencia desde el 14 de febrero de 1986 (30 días después del depósito), lo cual fue comunicado a los Estados miembros del Convenio de Washington.

Internamente, se dio curso a actos derivados del Convenio de Adhesión, como la designación de cuatro árbitros y cuatro conciliadores para un período de seis años renovables; también se impulsó la firma de TBI donde se admitía la intervención del CIADI en la solución de controversias, con la seguridad de que Ecuador formaba parte del Convenio de Washington.

La irregularidad de la vigencia del Convenio, por no cumplimiento de disposiciones constitucionales, fue observada por la Procuraduría General del Estado (PGE) mediante un primer oficio dirigido al Ministro de Relaciones Exteriores, con fecha 19 de febrero de 1987; un segundo oficio, con similar contenido, fue dirigido por la misma entidad al Ministro de Energía y Minas, el 19 de septiembre de 1994.

Desde entonces, se desplegaron gestiones ante el Congreso Nacional para la aprobación del Convenio de Adhesión al CIADI, mediante pedidos

curados desde el Ejecutivo. Así, se encuentran comunicaciones en tal sentido en junio de 1995, en enero de 1996, en junio y julio de 1997 y en el año 2000; a su vez, el Congreso pidió documentos complementarios para someter a aprobación del Pleno. En la misma época, intervinieron instituciones interesadas en concretar contratos de inversión extranjera que solicitaron, en unos casos por exigencia de las empresas inversionistas, se completaran las condiciones legales para la vigencia de la participación del Ecuador en el CIADI, pues se tenía la certeza de que el Convenio no cumplía con requisitos fundamentales establecidos en la Constitución.

El informe de 24 de noviembre de 1994, que presentó el Asesor Jurídico de la Cancillería, Teodoro Bustamante Muñoz, para responder consultas realizadas por el Procurador General del Estado y el Ministro de Energía y Minas, destacaba las flagrantes irregularidades en la suscripción del Convenio de Adhesión al CIADI, las mismas que esta Auditoría sintetiza en los siguientes hechos y consecuencias:

- El canciller Édgar Terán incurrió en falsedad cuando afirmó que el Convenio se encontraba en plena vigencia de acuerdo con las normas legales del país, ya que al carecer de aprobación legislativa, como disponía la Constitución y, ante la falta de ratificación presidencial, era imposible que tuviera vigencia en el Ecuador. Tal aseveración es causa de responsabilidades penales ante la afectación de la fe pública del Estado.
- El Ministerio de Relaciones Exteriores no realizó las consultas administrativas de rigor a la Procuraduría General del Estado, la Corte Suprema de Justicia, el Consejo Nacional de Desarrollo, la Junta Monetaria y el Banco Central, instituciones que habrían podido pronunciarse sobre la conveniencia o no de la suscripción del Convenio.
- Se conoce que se volvió práctica común del ex presidente de la República, León Febres Cordero, la ratificación de tratados internacionales sin previa aprobación del Congreso Nacional, a pesar de la disposición constitucional; o él decidía en cada caso qué tratado pasaba o no por el Congreso Nacional.

El interés y persistencia de lo actuado por el canciller de entonces, Edgar Terán, además de la violación del ordenamiento legal del país en la época, puede encontrar una explicación en sus intereses personales. Su Estudio Jurídico, Terán & Terán, representaba –y continúa representando– a las empresas IBM y Merck, las cuales demandaron al Ecuador ante el CIADI.

15 Ver <http://triplecrisis.com/remembering-the-tokyo-no-fifty-years-later>

16 Anexo 3 CIADI. Ministerio de Relaciones exteriores. Carta con fecha Enero 15, 1986 y firmada por el doctor Edgar Terán.

Finalmente, el Convenio de Adhesión al CIADI fue aprobado por el Congreso Nacional el 7 de febrero de 2001, previo informe favorable del Tribunal Constitucional, en tanto el Convenio “atribuye a un organismo supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley”. El criterio del Tribunal fue que “guarda conformidad con el texto constitucional en cuanto condiciona el sometimiento a la jurisdicción del Centro a la existencia de un consentimiento escrito de las partes”.

El presidente de la República en ese entonces, Gustavo Noboa Bejarano, mediante Decreto Ejecutivo 1417-B, publicado en el Registro Oficial 309 de 19 de abril de 2001, ratificó el Convenio declarándolo Ley de la República y “compromete para su observancia el Honor Nacional”. Es claro que sólo a partir de entonces, Ecuador habría estado vinculado al CIADI. Seis meses después se presentó la primera solicitud de arbitraje en demanda de la empresa Repsol contra el país.

Ante estas circunstancias, se podría argumentar que los TBI suscritos antes de 2001, que aceptan la jurisdicción del CIADI para la resolución de disputas, carecen de validez en ese punto y, por lo tanto, las controversias presentadas para el arbitraje del Centro, adolecerían de falta del requisito de jurisdicción del mismo. Otras reglamentaciones y normas internas, expedidas antes de 2001, que se remiten a

un Convenio Internacional al cual Ecuador no estaba obligado y un Centro al cual no pertenecía, carecerían también de valor jurídico y tendrían que ser examinadas.

Denuncia del Convenio CIADI

El presidente de la República, Rafael Correa, mediante Decreto Ejecutivo 1823, de 2 de julio de 2009, denuncia y declara terminado el Convenio. Seguidamente, el entonces canciller, Fander Falconí, notificó al presidente del Banco Mundial, cuya respuesta indicaba que la denuncia tendría efecto seis meses después de la notificación, es decir desde el 7 de enero de 2010.

La denuncia del Convenio CIADI presupone la existencia de cambios substanciales respecto de los actuados en la década de 1980, 1990 y primera década del nuevo siglo. En efecto, con la Constitución de 2008, el Ecuador modificó las reglas por las cuales el Estado funcionaba bajo un ordenamiento jurídico basado en el modelo neoliberal. La nueva organización del Estado significa un cambio substancial en su naturaleza. Se reivindica la recuperación de la soberanía en general, de las competencias del Estado y de su capacidad regulatoria, la efectividad del derecho sobre los recursos naturales y energéticos, y la democracia participativa.

B. ECUADOR ANTE EL SISTEMA INTERNACIONAL DE ARBITRAJE DE INVERSIONES

Todos los tratados sobre protección de inversiones firmados por el Ecuador, excepto el convenio de protección y fomento de inversiones suscrito con Suiza, incluyen una cláusula de solución de disputas inversor-Estado. La misma otorga al inversor diferentes opciones de foros arbitrales y diferentes reglas arbitrales para la resolución de controversias.

El inversionista extranjero tiene el poder discrecional de demandar al Estado ante el CIADI, u otra instancia arbitral internacional, por violación del derecho internacional y por poner en cuestión su misma responsabilidad, con todas las consecuencias que el acto internacionalmente ilícito conlleva. El inversionista nacional está privado de este poder discrecional.

La cláusula de solución de disputas inversor-Estado de los TBI, rompe con la tradición latinoamericana, también defendida en Ecuador, de la Doctrina Calvo. Esta doctrina jurídico-política, elaborada por el jurista argentino Carlos Calvo, materializó el principio según el cual los diferendos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser resueltos por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia. La base de esta doctrina se encuentra en los principios y reglas de la soberanía nacional, la igualdad soberana de los Estados, la igualdad ante la ley entre ciudadanos nacionales y extranjeros. El ejercicio pleno de uno de los corolarios de la soberanía es la aplicación territorial de la ley.

Estado de situación de las demandas inversor-Estado contra el Ecuador

Durante los últimos años se ha dado un incremento exponencial de demandas multimillonarias de inversores contra Estados en base a TBI. De acuerdo con datos de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD), en el periodo 1987-1999 sólo se conocían 38 casos globalmente; para finales del 2014, se habían presentado un total de 608 demandas inversor-Estado.¹⁷

América Latina ha sido la región más golpeada por el arbitraje de inversión. Los inversionistas

extranjeros han demandado a Gobiernos de América Latina y el Caribe (ALC), por lo menos 183 veces hasta finales de 2013, lo que representa el 32,2% del número total de casos conocidos mundialmente. Ecuador está considerado por la UNCTAD el sexto país en el mundo que más demandas ha recibido.¹⁸

A abril del 2017¹⁹, el Estado ecuatoriano ha sido demandado, sobre la base de los TBI, por inversores extranjeros ante tribunales internacionales, en 26 ocasiones; de ese total, 12 demandas han sido interpuestas ante el CIADI, mientras que ocho procesos han sido presentados ante la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya. Por otro lado, en tres ocasiones las demandas han sido planteadas a la Corte de Londres de Arbitraje Internacional y, finalmente, en 3 casos no se ha elegido un tribunal para conocer la causa.

La mayoría de las empresas demandantes operan en el sector de exploración de petróleo (13 casos, 50%). Las otras áreas donde operan la mayor parte de las empresas demandantes incluyen: suministro de electricidad (5 casos, 19%), minería (3 casos, 12%) y otros cinco sectores (un caso cada cual 19%).

En los 26 procesos arbitrales se han invocado 6 TBI suscritos por el Ecuador, siendo el tratado firmado con Estados Unidos el más utilizado (16 ocasiones), le sigue el TBI con Canadá en cuatro ocasiones, según se menciona en el siguiente cuadro:

Procesos arbitrales que han invocado TBI suscritos por el Ecuador

TBI invocados por inversores (6)	Cantidad de casos en que el TBI fue invocado
TBI Estados Unidos-Ecuador	16
TBI Canadá-Ecuador	4
TBI España-Ecuador	3
TBI Francia-Ecuador	1
TBI Bolivia-Ecuador	1
TBI Argentina-Ecuador	1

Fuente: PGE.

Elaboración: CAITISA.

17 UNCTAD (2015) INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2014, IIA Issue Notes, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf

18 UNCTAD (2015) INVESTOR-STATE DISPUTE SETTLEMENT: REVIEW OF DEVELOPMENTS IN 2014, IIA Issue Notes, http://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d2_en.pdf

19 La Comisión terminó sus labores en mayo de 2015, sin perjuicio de lo cual, se realizó una actualización de la situación de las demandas inversor - Estado contra el Ecuador.

Como se puede concluir, de los 26 casos, solo dos procesos fueron presentados por inversores de países latinoamericanos (Bolivia y Argentina); los inversionistas de los otros 24 casos corresponden a países propietarios de grandes capitales. Algunos inversores han demandado a Ecuador de manera repetida: *Murphy Exploration and Production Company International* (3 veces por la misma disputa), *Chevron* (3 veces, por diferentes causas) y *Occidental -Oxy-* (2 veces).

Actualmente, 16 casos han concluido, mientras que 10 procesos continúan abiertos en diferentes etapas arbitrales o en procesos de cobro. En 14 casos, se han determinado algún tipo de pago o compensación financiera a pagar por parte del Estado ecuatoriano, en 8 en virtud de un laudo condenatorio, en 6 casos como resultado de un acuerdo entre partes. Solo en 5 casos el tribunal falló que el Estado no había violado el TBI o no admitió jurisdicción para conocer del caso.

	Inversor demandante	Sector de la inversión	Cuantía reclamada por el inversor	Estado del conflicto	Monto pagado por el Estado
CASOS ABIERTOS	Chevron (III)	Hidrocarburos	\$9.500'000.000	El Tribunal aún no se ha pronunciado	N/A
	Merck Sharpe & Dohme	Venta de una planta farmacéutica	\$41'966,571		N/A
	RSM Production Corporation,	Minería	Por determinar según PGE		N/A
	Zamora Gold	Minería	Por determinar según PGE		N/A
	Perenco	Hidrocarburos	\$1.572'000.000		N/A
	GLP	Hidrocarburos	\$50'000.000		N/A
	Albacora	Pesquero	\$25'000.000	Tribunal emitió laudo a favor del inversor, Ecuador ha pedido anulación o está en etapa de cuantificación de daños	N/A
	Burlington	Hidrocarburos	\$1.515'000.000		N/A
	Murphy (III)	Hidrocarburos	\$636'000.000		N/A
Copper Mesa	Minería	\$69'700.000		N/A	
CASOS CERRADOS	Ecuador TLC/Petrobras Argentina (PESA)	Hidrocarburos	Hubo acuerdo antes de establecer la cuantía	Acuerdo entre las partes. No hubo laudo	No se logró obtener el acuerdo
	GLOBALNET - Únete Telecomunicaciones	Telecomunicaciones	\$32'500.000		No se detallan valores en el acuerdo
	IBM	Servicios informáticos	\$4'680.508		\$3'500.000
	Noble Energy and Machala	Suministro de electricidad	\$371'000.000		\$56'000.000
	Corporación Quiport	Aeropuerto	Hubo acuerdo antes de establecer la cuantía		No se detallan valores en el acuerdo
	Técnicas Reunidas	Refinería de petróleo	\$120'000.000		No se logró obtener el acuerdo
	Empresa Eléctrica del Ecuador (Emelec)	Suministro de electricidad	\$1'700.000.000	Laudo a favor del Estado	N/A
	Encana	Hidrocarburos	\$80'000.000		N/A
	M.C.I. Power Group	Suministro de electricidad	\$75'.000.000		N/A
	Ulysseas	Suministro de electricidad	\$56'100.000	N/A	
	Murphy Exploration (I)	Hidrocarburos	\$185'400.000*	Laudo jurisdicción a favor del Estado	N/A
	Duke Energy	Suministro de electricidad	\$25'000.000		\$10'776.178
	Occidental (Oxy) I	Hidrocarburos	\$375'000.000	Laudo a favor del inversor	\$100'000.000
	Chevron (II)	Hidrocarburos	\$1.605'000.000		\$112'839.791
	Oxy (II)	Hidrocarburos	\$3.370'000.000		\$1061'000.000
Murphy Exploration (II)	Hidrocarburos	\$185'400.000**	Inversor retiró demanda	N/A	

Fuente: PGE. Elaboración: CAITISA.

Aparte de los casos contra Ecuador sometidos a tribunales arbitrales, se presentaron por lo menos 29 notificaciones de controversia sobre la base de los TBI de las cuales 13 se encuentran activas y 16 se han cerrado.

Es posible que estas demandas no prosperen si las partes llegan a un acuerdo antes que el conflicto escale. Esto lleva a presumir que la mera amenaza de demanda puede ser suficiente para que el Estado otorgue compensaciones monetarias o realice cambios en su política (*chilling effect*) para satisfacer al inversor y evitar el proceso arbitral.

* Los casos Murphy I y II son antecedentes del caso Murphy III, por tanto, para el cálculo de las cuantías solo se tomó en cuenta el caso Murphy III.

** *Ibidem*.

	TBI	Inversionista
13	ESTADOS UNIDOS (4)	Carlos Nicolás Pérez Lapentti
		N. Perez Holdings LLC
		N. Pérez investments, LLC
		Pfizer Ireland Pharmaceuticals
	ARGENTINA (1)	Petrobras Argentinat S.A. (PESA)
	VENEZUELA (1)	Suelopetrol
	ESPAÑA (3)	Solarig
		Promocaledonian
		Cirsa International Gaming Corporation
	CANADÁ (1)	Doug W. Cannaday
	PERÚ (1)	Internexa Peru
	PAÍSES BAJOS (1)	Antillean Finance Company
	ITALIA (1)	Casinos Boulevard

NOTIFICACION EXISTENCIA CONTROVERSIAS RETIRADAS			
	TBI	Inversionista	Resultado
16	ESPAÑA (10)	Pontia Asset Management I	Terminado Solución Amistosa
		Pontia Asset Management II	Terminado Solución Amistosa
		Grupo TEC servicios avanzados I	Terminado Solución Amistosa
		Grupo TEC servicios avanzados II	Terminado Solución Amistosa
		GESPATCO S.L. I	Terminado Solución Amistosa
		GESPATCO S.L. II	Terminado Solución Amistosa
		Ecuador Energético S.A. I	Terminado Solución Amistosa
		Ecuador Energético S.A. II	Terminado Solución Amistosa
		Ausabi LLC I	Terminado Solución Amistosa
		Ausabi LLC II	Terminado Solución Amistosa
	ARGENTINA (1)	CGC	Terminado Solución Amistosa
	ESTADOS UNIDOS (1)	Noble Energy & EDC	Terminado Solución Amistosa
	CHINA (2)	China Oil Corp	Terminado Solución Amistosa
		Petroriental	Terminado Solución Amistosa
	PAÍSES BAJOS (1)	Schlumberger	Terminado Solución Amistosa
	GRAN BRETAÑA (1)	Development Delivery International Limited	Terminado Solución Amistosa

Elaboración: PGE.

Estándares de jurisdicción y de mérito invocados por los inversionistas para demandar a Ecuador

Los Convenios Internacionales que regulan los procedimientos de disputas entre inversores privados y Estados, establecen que ciertas exigencias deban ser satisfechas para que un tribunal arbitral pueda entrar a conocer el contenido de las supuestas violaciones al derecho internacional. Esto quiere decir que el Tribunal arbitral debe, en primer lugar, resolver si tiene competencia para intervenir en la controversia sobre la base de los “requisitos de jurisdicción”.²⁰ Por otro lado, las violaciones al derecho internacional se juzgan a partir de lo que se conoce

como “estándares de mérito”. En esta etapa, se analizan las violaciones a las cláusulas de los TBI por parte del Estado a las inversiones de las empresas.

Del análisis efectuado a 24 casos contra Ecuador²¹ se encuentra que, en la mayoría de ellos, los árbitros han interpretado de manera extensiva las normas aplicables, lo cual ha derivado en decisiones favorables a los inversores, tanto en la etapa de jurisdicción como en la resolución de los méritos de la demanda.

Etapa de jurisdicción

Los tribunales ordinarios, a nivel nacional e internacional, también deciden sobre su propia

20 *Ratione personae*: exigencia de que el inversor que reclama sea un extranjero y no un nacional del Estado, *ratione materiae*: exigencia de que la disputa esté relacionada con una inversión y que no esté excluida por el TBI aplicable, *ratione voluntatis*: exigencia de que el Estado haya prestado su consentimiento al arbitraje, *ratione temporis*: exigencia de que los hechos invocados no sean anteriores a la entrada en vigor del TBI cuya violación se invoca.

21 Este análisis excluye las dos demandas (Albacora y GLP), presentadas después del cierre de la fase de investigación de la Comisión.

competencia. Lo mismo ocurre con los tribunales arbitrales en el arbitraje comercial –cuya práctica es la fuente de buena parte de las regulaciones del arbitraje internacional de inversiones– bajo el famoso principio *Kompetenz-Kompetenz*: el tribunal está facultado para determinar su competencia. Sin embargo, lo que sí es peculiar respecto del arbitraje (comercial o de inversiones), por contraste con todos los demás sistemas de resolución de controversias de forma judicial, es que la remuneración económica de los decisores está en sus propias manos. Dicho de otra manera: si los árbitros, nombrados siempre *ad-hoc*, caso por caso, deciden que no tienen competencia para resolver la disputa que se les trae, sus honorarios pueden verse dramáticamente disminuidos. En cambio, si deciden que sí tienen jurisdicción y llevan la disputa hasta el final, sus honorarios pueden alcanzar el máximo monto que podría corresponderles.

Esto no sucede en un sistema judicial ordinario, donde el contenido de la decisión (rechazo o aceptación de jurisdicción, rechazo o aceptación del mérito, determinación de monto de daños, etc.) no impacta sobre la remuneración de los jueces/zas, ya que es fija. El sistema de arbitraje internacional de inversiones existente contiene un incentivo económico muy claro para que los árbitros acepten jurisdicción, desincentivando su rechazo. Esta es una de las razones, aunque no la única, que explica la adopción, por parte de muchos tribunales arbitrales, de criterios amplísimos de jurisdicción que resultan jurídicamente cuestionables.

El Estado ecuatoriano ha alegado, en todos los casos, que el Tribunal no posee jurisdicción para resolver la disputa. Las razones invocadas se especifican en el siguiente cuadro:

Razones invocadas por el Estado para alegar que el Tribunal carece de jurisdicción	¿Cuántas veces?
Falta de consentimiento al procedimiento arbitral	15
Inexistencia de Inversión Protegida	8
Nacionalidad del Inversor no Protegida por el TBI invocado	7
Bifurcación de Caminos Jurisdiccionales (Fork in the road)	6
Concepto de Inversor	6
Incompetencia Material: exclusión de materia impositiva	6
Irretroactividad del TBI	3

Elaboración: CAITISA.

A pesar de los fuertes fundamentos empleados por el Estado ecuatoriano para alegar que los distintos tribunales carecen de jurisdicción en los casos contra Ecuador, se constata que en 13 disputas

el tribunal acepta jurisdicción (realizando, en gran medida, interpretaciones expansivas de las normas) para resolver el caso; mientras que sólo en dos casos el Tribunal no acepta jurisdicción. En los restantes 9 casos, el Tribunal no se pronunció sobre la jurisdicción por distintas razones: el caso aún está abierto sin resolución sobre la jurisdicción, hubo acuerdo de partes o el inversor retiró la demanda antes del laudo de jurisdicción. Los otros dos casos recientemente iniciados, se encuentran en fase de conformación del panel arbitral.

Los casos contra la República del Ecuador ejemplifican, con claridad, la tendencia mayoritaria de los tribunales arbitrales a interpretar, extensivamente (en vez de restrictivamente), los requisitos de jurisdicción al momento de resolver sobre su propia competencia.

A continuación se analizarán algunos casos en relación con los requisitos de jurisdicción planteados por Ecuador:

La Vigencia Temporal del TBI invocado

Uno de los requisitos de jurisdicción se vincula con la vigencia del TBI invocado. El precedente más saliente en los casos contra el Ecuador, es el caso *Chevron II*. El interrogante abordado se refirió a la posibilidad de que el TBI fuera aplicable a hechos y actos anteriores a su propia vigencia.

Ecuador sostuvo que el Tribunal carecía de jurisdicción para entender sobre la legitimidad de ese tipo de acontecimientos, los cuales tuvieron lugar antes de la entrada en vigencia del TBI.

El sustento normativo de esta posición para el Ecuador se encontraba en el Artículo 28 de la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados, el cual establece: “Irretroactividad de los tratados. Las disposiciones de un tratado no obligaran a una parte respecto de ningún acto o hecho que haya tenido lugar con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del tratado para esa parte ni de ninguna situación que en esa fecha haya dejado de existir, salvo que una intención diferente se desprenda del tratado o conste de otro modo”. Asimismo, en el Artículo 13 del Proyecto de la Comisión de Derecho Internacional, de acuerdo con el cual “el acto de un Estado no constituye una violación de una obligación internacional a menos que el Estado esté comprometido a dicha obligación en el momento en que ocurre el acto.”

Chevron, por su lado, consideró que era incorrecto entender que el principio de la irretroactividad requería que una demanda se base solamente

en actos y omisiones posteriores a la entrada en vigor del TBI. En sus propias palabras: “El principio según el cual un tratado no se aplica a actos anteriores a su entrada en vigor no significa que no podrá aplicarse a hechos posteriores, pero que estén relacionados con inversiones previas a esa fecha”.

Igualmente, Chevron hizo hincapié en que el principio de la irretroactividad “no se infringe por la aplicación del tratado a violaciones continuas y a infracciones compuestas que tuvieron lugar durante la vigencia del tratado, incluso si tales actos comenzaron antes de su entrada en vigor”. Estos dos conceptos resultan novedades aportadas por su planteo que han devenido referencias al momento de pensar el problema de la aplicación retroactiva de un TBI: el carácter continuo y compuesto de las conductas estatales en pugna.

El Tribunal partió sobre la base de que los estándares de conducta prescritas por el TBI no estaban vigentes antes de su fecha de entrada en vigor y concordó con el precedente *Mondev* con respecto a que “[el] mero hecho de que la conducta anterior no hubiese sido remediada o reparada cuando un tratado entra en vigencia” no justifica que un tribunal aplique el tratado retrospectivamente a esa conducta. Sin embargo, coincidió con Chevron en que eso no significaba que una violación tiene que basarse sólo en actos que tienen lugar después de la entrada en vigor del TBI. El Tribunal entendió que “el significado atribuido a los actos o hechos posteriores a la entrada en vigor pueden ser complementados por los actos o hechos anteriores al TBI; esta conducta puede ser considerada para propósitos de determinar si una violación de los estándares del TBI ocurrió después de la fecha de la entrada en vigor.”

Bifurcación de Caminos (Fork in the Road)

Respecto del requisito jurisdiccional, comprendido en numerosos TBI, vinculado con la imposibilidad para el inversor demandante de optar, a la vez, por todos los fueros previstos en el TBI para dirimir sus pretensiones, conocido como “bifurcación de caminos” (*fork in the road*); el caso más relevante es el de *Occidental Petroleum (Oxy I)*.

Ecuador objetó que la disposición “bifurcación de caminos”, incluida en el artículo VI (2) y (3) del TBI Estados Unidos-Ecuador, fulminaba la jurisdicción para Occidental en el caso. Esto porque Occidental, al plantear por separado juicios ante los tribunales ecuatorianos, hizo uso de su elección irrevocable de someter la disputa presente a las cortes o tribunales administrativos del demandado de acuerdo con el artículo VI (2) (a) del Tratado. Esta elección impedía, por sí misma, el sometimiento de

la disputa a arbitraje en los términos del Artículo VI (3) (a) del Tratado.

Occidental presentó dos juicios ante el Tribunal Fiscal Distrital No. 1 en Quito. Luego, inició otros juicios el 10 de marzo de 2003 y el 14 de abril de 2003, en conexión con la emisión de las Resoluciones 406 y 026 del SRI, las cuales nuevamente rechazaron otras solicitudes de reembolso del IVA presentadas por Occidental. Estos juicios argumentaban que las Resoluciones de Negación del SRI violaban las disposiciones de las leyes ecuatorianas, con referencia específica a los Artículos 65 y 69A de la Ley Tributaria de Ecuador, sobre los que también versaría la demanda arbitral en el campo internacional.

Esto hacía que Occidental estuviera impedida de someter la misma disputa a arbitraje. Para realizar este planteamiento, la defensa ecuatoriana correctamente enfatizó en que existe identidad objetiva entre las litigaciones de referencia: todas involucran las mismas resoluciones de negación y por ende la misma negativa de devoluciones de los aportes tributarios. La disputa fundamental es la misma en ambos foros, el nacional y el internacional. En razón de la elección hecha, Ecuador consideró que Occidental renunció a su derecho a proceder a un arbitraje internacional.

Occidental, por su parte, sostiene lo contrario. Desde su punto de vista, el reclamo invocado ante los tribunales nacionales de Ecuador no se encontraba relacionado, en ningún sentido sustancial, con la inversión; ciertamente, no había hecho, afirmación o reclamo alguno en dichos tribunales con relación a sus derechos en conformidad con el TBI. Así, Occidental sostiene que sus litigios en curso ante los tribunales de Ecuador fueron planteados solamente para salvaguardar sus derechos a la devolución del IVA de acuerdo con las leyes ecuatorianas. Si atendemos a los términos en que se encuentra definida una disputa relacionada con la inversión bajo el artículo VI (1) del TBI, vemos que está relacionada con los derechos que el inversor tiene de acuerdo con el Tratado, careciendo de conexión alguna con sus demandas pendientes en los tribunales de Ecuador, que involucran exclusivamente la consistencia de las resoluciones de negación con la Ley Tributaria Ecuatoriana. Este es el punto de Occidental.

Contrariamente a lo sostenido por Ecuador, Occidental afirma que no existe identidad objetiva entre los litigios llevados adelante por ambas vías: la “causa de acción” sometida a arbitraje es diferente de la causa de acción alegada ante los tribunales ecuatorianos. La primera es relativa a los derechos del TBI; la segunda, a cuestiones de la legislación interna.

El Tribunal coincidió con Occidental respecto a la mejor interpretación para el artículo II (3) (b) del Tratado. Este artículo, en su segunda oración, prevé el sometimiento a arbitraje de las medidas injustas o discriminatorias incluso si el demandante ha recurrido a las cortes o los tribunales administrativos del Demandado en procura de una revisión de dichas medidas. Este es un punto normativo dirimente para el caso (revelando la gravedad de incluir una cláusula semejante en un TBI).

Curiosamente, el Tribunal se ocupó de aclarar que ese entendimiento no podía ser interpretado en el sentido de vaciar de contenido las disposiciones de “bifurcación de caminos”, que pudiera contener un tratado bilateral de inversiones: las funciones de los mecanismos internos y el arbitraje internacional son diferentes. Para sustentar esto, el Tribunal desglosó lo que llama “la prueba de la identidad triple”, la cual se refiere a que en la medida en que una disputa podría involucrar a las mismas partes, el mismo objeto y la misma causa de acción, se podría considerar como la misma disputa y el mecanismo de “bifurcación de caminos” impediría su sometimiento a tribunales concurrentes.

El Tribunal sostuvo que lo crucial, en definitiva, era que toda solución debía responder a las circunstancias específicas y a la naturaleza de la disputa, en la medida en que la naturaleza de dicha disputa, sometida a arbitraje, se encuentre principalmente –aunque no exclusivamente–, basada en tratados; así, la jurisdicción del tribunal arbitral se encuentra invocada correctamente.

Para el Tribunal ese fue, justamente, el caso en Oxy I: se sometieron a arbitraje cuestiones basadas en un tratado y en los tribunales locales en Ecuador, cuestiones relacionadas con la ley interna no contractual. El Tribunal desarrolló aquí la doctrina del efecto acumulativo, o del complemento en materia de las vías procesales disponibles para el inversor. En sus propios términos: “Lejos de crear una situación de incompatibilidad, las decisiones adoptadas hasta el momento por los tribunales ecuatorianos sobre cuestiones de interpretación de la Ley Tributaria ecuatoriana han sido de gran ayuda para este Tribunal en su propia interpretación, tanto del Tratado como de las disposiciones relevantes de las leyes ecuatorianas, como se demostrará adicionalmente más adelante. Se desprende que las causas de la acción podrían ser separadas y la naturaleza de las disputas diferente, pero ellas podrían tener efectos acumulativos, así como también interactuar recíprocamente.”

Exclusión por la Materia (tributaria)

Respecto de la previsión jurisdiccional contenida en numerosos TBI vinculada con la exclusión de ciertas materias (en particular, de la materia tributaria, en todo o en parte) de la jurisdicción CIADI, resulta también central el caso Oxy I.

Ecuador planteó allí, como objeción jurisdiccional, la exclusión en la disputa de cuestiones de imposición en conformidad con el artículo X del TBI Estados Unidos-Ecuador.

Para comprender el caso resulta fundamental atender al texto del mentado Artículo, que transcribimos:

“1. Con respecto a sus políticas tributarias, cada Parte debe esforzarse por otorgar justicia y equidad en el tratamiento de la inversión de los nacionales y compañías de la otra Parte.

2. No obstante, las disposiciones de este Tratado, y en particular los Artículos VI y VII, deberán aplicarse a cuestiones de imposición sólo con respecto a lo siguiente:

(a) expropiación, en conformidad con el Artículo III;

(b) transferencias, en conformidad con el Artículo IV; o,

(c) la observancia y vigilancia del cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización de inversión como se hace referencia en el Artículo VI (1) (a) o (b), al grado en que estos no se encuentren sujetos a las disposiciones de solución de disputas de una Convención para evitar la doble imposición entre las dos Partes, o hayan sido planteadas de acuerdo con dichas disposiciones de solución y no sean resueltas dentro de un período de tiempo razonable.”

Según Ecuador, las cuestiones vinculadas con el Impuesto al Valor Agregado (IVA) y el no reembolso del mismo eran, claramente, “cuestiones de imposición”, excluidas de la solución de la disputa de acuerdo con el Tratado, por el artículo en mención. Ciertamente, ninguno de los planteos de Occidental vinculados con el Trato Justo y Equitativo o la Protección y Seguridad Plenas se podían aplicar a cuestiones de imposición.

Occidental contradujo en esto a Ecuador. Desde su perspectiva, la anterior no era la mejor interpretación del artículo X del TBI. El real significado de la exclusión prevista en esa norma, y la historia de las negociaciones detrás de su redacción, indicarían que la exclusión se aplicaba sólo a cuestiones de imposición directa, pues éstas son las cuestiones abordadas por las convenciones a fin de evitar el problema de la doble imposición. Ciertamente,

según detalla Occidental, nunca existió Tratado de doble imposición alguno entre los Estados Unidos y Ecuador. La imposición indirecta estaría, en consecuencia, sujeta a las disposiciones de solución de disputas del Tratado, sin exclusión de ningún tipo. Para Occidental, ésta fue la interpretación adecuada del artículo X, de acuerdo con las normas de interpretación de los artículos 31 y 32, de la Convención de Viena sobre la Ley de Tratados.

Cabe indicar también que Occidental apoyó su interpretación en el hecho de que el artículo en cuestión fue redactado siguiendo el Tratado Modelo de Inversiones Bilaterales de los Estados Unidos, y que la interpretación dada por los funcionarios de ese país, así como también sus declaraciones, deberían ser determinantes al construir su sentido. Bajo esa perspectiva, el único propósito del Artículo era evitar conflictos con los cuerpos de solución de disputas, en cumplimiento de las convenciones para evitar la doble imposición; si se incluyeren todas las clases de imposición en la excepción del artículo, éste llegaría a carecer de sentido.

El Tribunal desechó la interpretación de Ecuador, según la cual todas las cuestiones de tributación estaban eximidas de la solución de disputas como lo estipula el Tratado, con la excepción de las categorías específicas mencionadas en el Artículo X. Conforme con el Tribunal, “incluso si ciertas cuestiones podrían ser, sin embargo, cubiertas por este artículo y en consecuencia no lo vuelven carente de sentido, como lo argumenta el demandado, esa interpretación lo restringiría, no obstante, a una aplicación bastante marginal. Esto no es, evidentemente, lo que las partes intentaron al poner un Artículo de tanta importancia en un Tratado que es en realidad breve”.

El Tribunal procedió a examinar si la disputa involucraba cualquiera de las tres cuestiones que se enumeraban específicamente en el artículo X, con respecto a las cuales las disposiciones de solución de disputas del artículo XI sí se aplicaban positivamente. Si ésta involucraba efectivamente cualquiera de los elementos mencionados, la disputa quedaría en cualquier caso comprendida dentro de las disposiciones del Tratado y la solución de disputas. La cuestión de las transferencias no surgía en el caso, como resulta obvio y la cuestión de la expropiación fue analizada por separado. Por otro lado, la cuestión dirimente fue “si la observancia y vigilancia del cumplimiento de los términos de un acuerdo de inversión, concerniente a cuestiones de imposición, está en discusión en esta disputa.”

El Tribunal llegó a la conclusión de que se había traído ante sí una cuestión tributaria asociada con un acuerdo de inversión. La controversia, por lo tanto, se encontraba claramente sujeta a las disposiciones de solución de la disputa del Tratado. Esto, automáticamente, incluye los estándares de tratamiento del artículo II, así como el tratamiento justo y equitativo, a diferencia de la exclusión pretendida por Ecuador. El párrafo 1 del Artículo X adquirió, de esta manera, su significado pleno según el Tribunal, por lo tanto, el mismo ratificó su competencia y denegó la objeción de Ecuador.

Este caso demuestra cómo el hecho de incluir excepciones específicas no asegura la salvaguarda del espacio regulatorio en esos temas, ya que los inversores pueden, de todas maneras, presentar demandas y los árbitros, haciendo una interpretación expansiva de las normas, aceptar jurisdicción para dirimir la disputa.

Inexistencia de Inversor Extranjero (nacionalidad del inversor)

Respecto del requisito de jurisdicción, vinculado con la existencia de un inversor extranjero para reclamar la protección de un TBI, entendemos que un caso particularmente destacado es el de Noble Energy.

En este caso, Ecuador sostuvo que la empresa Noble Energy no podía plantear un reclamo conforme al TBI, ya que no realizó por sí misma la inversión, siendo que sólo promovía reclamaciones correspondientes a su co-demandante, Machala Power.

Al respecto, Ecuador enfatizó que Noble Energy no era propietaria directa de Machala Power e invocó la decisión adoptada por la Corte Internacional de Justicia, en el célebre precedente Barcelona Traction, así como también el precedente Amco, sobre la nacionalidad del inversor demandante.

Ecuador planteó, en un punto muy importante de su argumento, que Noble Energy mantenía una relación demasiado remota con Machala Power como para poder calificarlo de inversor por derecho propio. El problema planteado por esta objeción es sumamente complejo: la conexión que debe existir entre el accionista (indirecto) y su inversión (indirecta). Para respaldar su punto, Ecuador cita un pasaje de la decisión en el caso Enron: “es, en efecto, necesario establecer un límite a partir del cual ya no estuviera permitido entablar demandas por tener éstas solamente una conexión remota con la sociedad afectada.”

Por su lado, Noble Energy planteó que no invocaba los derechos de Machala Power, sino sus propios derechos, basándose en una causa de acción independiente. Noble Energy objetó la pertinencia de los precedentes invocados por Ecuador para el caso (Barcelona Traction y Amco), proponiendo en cambio que el precedente aplicable era CMS c. Argentina, donde se analizó la cuestión en el contexto del TBI Argentina-Estados Unidos, redactado en términos muy similares a los del TBI aplicables al caso ecuatoriano, donde se leía que no podía encontrarse “[...] en el derecho internacional un obstáculo al concepto de permitir reclamaciones de los accionistas en forma independiente de la sociedad relevante”, agregando que esa aseveración no dejaba de ser válida “ni [aún en el caso de que] esos accionistas [sean] minoritarios o no controladores.”

El Tribunal coincidió con Noble Energy: un accionista indirecto puede plantear una reclamación en el marco del Convenio CIADI y de un TBI en relación con una inversión directa. En sus propios términos: “a falta de una disposición en contrario, el TBI y el Convenio del CIADI admiten acciones de reparación de daños y perjuicios formuladas por accionistas indirectos.” De esta manera, instauró una presunción a favor de la posibilidad de la reclamación por vía de inversión indirecta.

El punto central de la decisión fue aquel en el cual el Tribunal se enfrentó a la determinación de cuán cercana o cuán remota podía permitirse que fuera la relación entre los inversionistas, a fin de habilitar la posibilidad de sus respectivos reclamos autónomos: “¿cuán indirecto puede ser un accionista para aún así calificar como inversionista a los efectos del tratado? ¿Existe un límite? Si lo hay, ¿se alcanzó en el presente caso? En otros términos, ¿cuántas capas o compañías pueden interponerse entre los accionistas directos y el inversionista indirecto?”

Machala Power era de propiedad plena y directa de Noble Energy International Ltd. (registrada en las Islas Caimán), de propiedad absoluta y directa de Samedan of North Africa, Inc. (registrada en Delaware), que a su vez era de propiedad absoluta y directa de Noble Energy. O sea que entre Machala Power y Noble Energy se interponían dos capas. El Tribunal remitió al famoso pasaje del precedente Enron, donde se declaraba que debe existir un punto de corte en la cadena de compañías. Dados los hechos planteados en ese caso, el tribunal concluyó, sin embargo, que no se había alcanzado ese punto, ya que Argentina había invitado especialmente a los accionistas a realizar la

inversión y los inversionistas tenían poder de decisión al administrar la compañía local.

El Tribunal de Noble Energy no discrepó con la declaración formulada por el tribunal del caso Enron. En un pasaje crucial, afirmó: “bien puede existir un punto de corte en algún lado, y futuros tribunales pueden ser llamados a definirlo. En el presente caso no se plantea la necesidad de una definición de ese tipo. De hecho, el punto de corte, sea cual fuere, no se alcanza por el hecho de que hayan dos capas intermedias. La relación entre la inversión y el accionista directo, por una parte, y el accionista indirecto, por la otra parte, no es demasiado remota. [...] El Tribunal toma nota de que, en todo momento pertinente, Noble Energy ha sido la compañía matriz final de todas las compañías subsidiarias que participan en el arbitraje, y de que esas subsidiarias son de propiedad plena, directa o indirecta, de Noble Energy.” La objeción jurisdiccional de Ecuador fue así desestimada.

Etapas de mérito

Los TBI suscritos por la República del Ecuador contienen los estándares de protección de los inversores habituales en este tipo de instrumentos. De este modo, protegen a los inversores frente a la expropiación ilegítima de sus bienes, frente al trato injusto e inequitativo que le brinde el Estado, frente a la falta de protección y seguridad plenas, o frente al trato arbitrario o discriminatorio. También, al igual que el resto de los TBI conocidos, las obligaciones establecidas en estos instrumentos son unidireccionales, es decir, de los Estados hacia los inversores, no se establecen obligaciones de los inversores hacia los Estados.

Más allá de lo anterior, otro rasgo característico de los TBI en general, que encontramos repetido en los suscritos por la República del Ecuador, es su escueta redacción; los estándares mencionados están definidos en pocas palabras, de un modo general. Es muy difícil saber de antemano qué es lo que estos estándares implican en concreto para las partes. Por lo tanto, esto ha dado un gran campo de maniobra a los tribunales arbitrales, para establecer interpretaciones amplias que han llevado a las numerosas condenas multimillonarias que penden sobre el Ecuador.

En los 6 casos en que el Tribunal ha laudado a favor del inversor,²² según los Tribunales, las cláusulas transgredidas por el Estado ecuatoriano fueron las siguientes:

²² Oxy I, Duke Energy, Oxy II, Chevron II, Perenco y Burlington.

- Trato Justo y Equitativo: Oxy I, Duke Energy, Oxy II y Perenco.
- Expropiación Directa/ Indirecta: Oxy II, Burlington y Perenco.
- Denegación de Justicia: Chevron III.
- Cláusula Paraguas: Duke Energy.
- Trato no discriminatorio o arbitrario: Oxy I.
- Protección y Seguridad Plenas: Oxy I.
- Trato Nacional: Oxy I.

Trato justo y equitativo

Este estándar, aplicado en un número importante de casos, se considera uno de los más ambiguos e imprecisos, por lo cual casi siempre se puede alegar su violación y obtener un resultado favorable para los inversionistas. En este sentido, la UNCTAD expresó que esto se ha convertido en “la base a la que más se recurre y de mayor éxito para las demandas de inversores en el marco de Acuerdos Internacionales de Inversión”. Al respecto, la UNCTAD también señaló que los árbitros interpretaron el concepto de trato justo y equitativo en un sentido bastante amplio, llegando a la conclusión de que el resultado puede ser un enfoque indefinido y desequilibrado, que favorece indebidamente a los intereses de los inversores, e ignora la regulación legítima en pro del interés público”.²³

Tal vez, el ejemplo más relevante sobre el estándar de trato justo y equitativo en toda la jurisprudencia del CIADI se encuentre, justamente, en uno de los casos enfrentados por la República del Ecuador, el caso OXY II.

En mayo de 2006, Ecuador declaró la caducidad del contrato con la petrolera estadounidense Occidental, después de que la misma transfiriera el derecho del 40% de sus acciones a Encana Corporation (canadiense), sin el permiso del Ministerio de Energía, y en violación de la legislación ecuatoriana.

Oxy argumentó que la acción de caducidad aplicada por el Estado ecuatoriano respecto de los contratos en vigor, violaría los principios legales, constitucionales y administrativos de Ecuador, incluyendo los principios de proporcionalidad, igualdad, buena fe, así como legítimas aspiraciones. La compañía señaló que, entre otros, esta acción constituye una flagrante violación de las obligaciones ecuatorianas sobre trato justo y equitativo determinadas en el artículo II del Tratado De Protección Recíproca De

Inversiones entre la República de Ecuador y Estados Unidos de América.

El Tribunal dio la razón al inversor y el laudo contuvo la condena en daños más cuantiosa en la historia del CIADI, USD \$1.769,6 millones, más intereses. La condena se fundó en la violación a los estándares de “trato justo y equitativo” y de expropiación legítima bajo el TBI Estados Unidos-Ecuador.

En última instancia, sin mayor sofisticación de técnica jurídica, el Tribunal dio por cierto que la terminación del contrato había sido una respuesta claramente “desproporcionada” por parte de Ecuador, respecto del incumplimiento contractual previo de Oxy. El principio de proporcionalidad fue considerado por el Tribunal como parte del estándar de “trato justo y equitativo” bajo el TBI. Esta fue, por tanto, la fuente de responsabilidad jurídica sobre la que se condenó a Ecuador.

Otro ejemplo muy interesante del funcionamiento del estándar de trato justo y equitativo lo brinda el caso entablado por Perenco, empresa de nacionalidad francesa que tiene como actividad principal la explotación y refinamiento de petróleo en los bloques 7 y 21 de la región amazónica.

A partir del año 2006, como efecto del incremento de los precios internacionales del barril de petróleo, el Estado ecuatoriano introdujo reformas a la Ley de Hidrocarburos (Ley No. 2006-42), disponiendo que los excedentes sobre el precio del petróleo serían participados a favor del Estado (Art. 44) en un 50% y, luego, en un 99% (Decreto 662).

Para Perenco, estas medidas repudiaban los términos fundamentales de los contratos de participación celebrados entre esa empresa y el Estado, al haberse frustrado sus legítimas expectativas, así como discriminado y expropiado sus inversiones sin compensación.

En términos de derecho internacional de las inversiones, el caso se llevó a cabo bajo el estándar de trato justo y equitativo. El Tribunal consideró que el porcentaje de 50% de apropiación del Estado, sobre la renta petrolera extraordinaria establecida en la Ley 42, no implicaba de por sí una violación del estándar de trato justo y equitativo. El Tribunal consideró que el estándar de trato justo y equitativo era un estándar autónomo, contenido en el tratado, y no equivalente al estándar de trato mínimo bajo el derecho internacional general. La aplicación del estándar de trato justo y equitativo requería, según el Tribunal, un juicio balanceado entre las expectativas razonables del inversor y los poderes regulatorios del Estado. En este caso, el Tribunal entendió que

²³ United Nations Conference on Trade and Development (UNCTAD) (2012).

una empresa experimentada en el negocio de la extracción y venta de petróleo como Perenco, no podía no anticipar la revisión, por parte de un Estado, del marco legal de regulación de sus recursos naturales. El Tribunal le dio importancia al hecho de que Ecuador no fue el único Estado, en esos años, en revisar la legislación sobre recursos naturales en términos similares a los de la Ley 42.

No obstante, el cambio –por medio del Decreto 662– de la regulación para escalar hasta el 99% de la renta extraordinaria, sí constituía una violación del trato justo y equitativo.

Como se ve, las violaciones al trato justo y equitativo dependieron, en última instancia, del aumento de los derechos del Estado ecuatoriano sobre la renta petrolera extraordinaria de un 50% a un 99%, y de los pormenores de esa escalada.

Inconsistencia en los laudos

Cinco casos contra Ecuador han tenido lugar como consecuencia de la misma Ley 42 de hidrocarburos. En tres de los cinco, el Tribunal ha emitido un laudo pronunciándose sobre la violación de los estándares de trato justo y equitativo. Vale la pena resaltar que, a pesar de que las circunstancias son casi idénticas en todos los casos y la razón que origina la demanda es la misma, la decisión de los árbitros ha sido diferente.

En el caso Perenco, el Tribunal falló violación del trato justo y equitativo del inversor cuando el Estado incrementó a 99% el beneficio para el fisco en la renta petrolera. Sin embargo, en el caso Occidental, el Tribunal consideró que la violación se había dado en el momento en que el Estado incrementó a 50% las ganancias extraordinarias que recibía de los contratos de participación. Por su parte, el Tribunal en el caso Burlington, el cual se analiza más adelante, consideró que ni el incremento de 50%, ni el de 99%, constituían violación del estándar de trato justo y equitativo.

Protección frente a la expropiación directa e indirecta

La protección frente a la expropiación ilegítima brindada por los TBI a los inversores no puede consistir en la cancelación de la potestad del Estado de expropiar bienes en su territorio (lo cual constituye un derecho soberano), sino en la regulación del modo en que esa expropiación debe producirse. Así, bajo la protección de la mayor parte de los TBI, la expropiación debe ser llevada adelante para favorecer un fin de utilidad pública, de manera no arbitraria ni discriminatoria, garantizando el debido proceso, y contra una pronta compensación económica.

Los tribunales arbitrales han admitido la posibilidad de aplicar el estándar de protección frente a la expropiación ilegítima, en casos en los cuales los Estados no han dispuesto abiertamente una expropiación, sino que –a criterio del tribunal respectivo– han tomado una medida administrativa equivalente a una expropiación en virtud de sus efectos, en el sentido de limitar severamente la posibilidad de ejercer el derecho de propiedad sobre sus bienes en el país por parte del inversor. A esto se llama “expropiación indirecta”.

Un ejemplo de cómo los tribunales han aplicado el estándar de expropiación indirecta en casos contra la República del Ecuador lo encontramos en el caso Burlington.

La empresa Burlington, de nacionalidad estadounidense, y sus subsidiarias de propiedad total, tienen como actividad principal la explotación y refinamiento de petróleo. En el año 2009, Burlington suspendió su operación en los Bloques 7 y 21, por lo que Ecuador se hizo cargo de la explotación en ambos bloques, tres días más tarde. Para dicha empresa, la Ley de Hidrocarburos 42-2006 y el Decreto N° 662 constituyeron, entre otras violaciones, una expropiación de sus inversiones.

El Tribunal, tomando en cuenta las reglas del CIADI, determinó, el 14 de diciembre de 2012, que Ecuador expropió los bienes de Burlington en los bloques 7 y 21. La decisión sobre expropiación se basó en la toma de posesión física por parte del Gobierno de dos campos petroleros de Burlington. Con respecto a la demanda sobre expropiación indirecta, la mayoría del tribunal consideró que la tasa de recuperación sobre la renta petrolera extraordinaria impuesta por la Ley 42 (y su escalada impuesta por el Decreto 662) no constituía expropiación, a pesar de haber llegado al abultado 99%. La inversión siguió siendo rentable, aún si las ganancias fueron limitadas, lo cual nunca puede ser equivalente a expropiación. Esta toma de posesión física de la inversión (en los términos del Tribunal, “de los propios medios de producción”) fue considerada una expropiación, a diferencia de las medidas que sólo limitaban la ganancia del inversor, porque implicaba una privación completa de su capacidad de obtener rédito alguno a través de su inversión. En tanto esta expropiación no fue compensada, el Tribunal entendió que fue ilegítima bajo el TBI.

El árbitro Orrego Vicuña disintió con la decisión de la mayoría, consideró que Ecuador debió haber sido condenado por más violaciones del derecho internacional, ya que el derecho internacional exigía considerar, como parte de la expropiación ilegítima,

a las medidas impositivas de Ecuador. La diferencia más importante reside en que Orrego Vicuña afirmó que no sólo la expropiación física debía ser tenida por expropiatoria, sino también las medidas impositivas impuestas por la Ley 42 y el Decreto 662.

Denegación de justicia

La denegación de justicia comprende la imposibilidad de efectivizar el derecho de acceso a la justicia para la solución de una disputa, sea por incumplimiento del debido proceso, o por una innecesaria dilación en el tiempo, de tal manera que el demandante pierda esperanza de poder llegar a una resolución efectiva del caso.

En los casos de demandas contra Ecuador, tres empresas inversoras han alegado haberse visto denegados de justicia: Duke Energy, Chevron II y Merck Sharpe & Dohme.

En el caso de Duke Energy, las demandantes acusan a Ecuador haber incurrido en denegación de justicia, por no haber sometido sus reclamaciones a procedimientos de arbitraje locales ni haber tramitado oportunamente sus reclamaciones tributarias. Argumentan que Ecuador no ha establecido medios eficaces para hacer valer las reclamaciones y respetar los derechos relativos a la inversión de las demandantes, en violación del artículo II (7) del TBI, lo que equivale a una denegación de justicia. Sin embargo, en este caso, el Tribunal decidió que Ecuador “no ha faltado al cumplimiento del artículo II (7) del Tratado”.

El inversionista Merck Sharpe & Dohme, por su parte, ha demandado al gobierno de Ecuador argumentando que los tribunales locales ecuatorianos han fallado injustamente en una disputa privada entre el Merck y otra empresa local (Nueva Industria Farmacéutica Asociada). La compañía local de medicamentos genéricos NIFA, demandó a Merck en las cortes nacionales luego de que Merck no cumpliera con el compromiso de vender una planta de producción de medicamentos con sede en Ecuador. Merck argumentó que los daños otorgados por los tribunales locales en su contra son irracionales, no sólo pide al Tribunal internacional que Ecuador indemnice y exima de responsabilidad a la compañía contra cualquier pérdida causada por la ejecución de la sentencia en su contra, sino que solicitó que el Gobierno impidiera que se ejecutara una decisión judicial obtenida durante un litigio privado, mientras el caso aún estaba siendo evaluado por la Corte Nacional de Justicia de Ecuador. El Tribunal arbitral todavía no ha laudado, pero la mera existencia de la demanda refleja cómo los inversores pueden

aprovecharse de los TBI para intentar coartar el poder de las cortes nacionales, e influir o modificar sus decisiones.

El caso, quizás más conocido, de denegación de justicia en el arbitraje internacional, es la demanda presentada por Chevron contra Ecuador. A inicios de los años noventa, TexPet (ahora Chevron) presentó siete demandas en contra del Estado ecuatoriano; una década después, en vista de que no existía respuesta alguna por parte de los tribunales ecuatorianos, acudió al arbitraje internacional. Chevron alegó que Ecuador obstaculizó su acceso a la administración de justicia y vulneró el TBI celebrado con los Estados Unidos. Finalmente, el Tribunal arbitral falló a favor de Chevron. Para llegar a esa conclusión, interpretó de manera expansiva la norma, indicando que el derecho de los inversores, incluido en el TBI, constituye *lex specialis*, distinta de la ley consuetudinaria internacional en relación a la denegación de justicia. Por este motivo, el alto umbral para el establecimiento de denegación de justicia, determinado en la ley consuetudinaria internacional, podía ser mucho menos exigente.

Trato no discriminatorio o arbitrario

Este estándar establece que los inversionistas, tanto nacionales como extranjeros, deberán gozar de igualdad de condiciones con respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones. Por lo tanto, no podrán ser objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias. De esta forma se asegura igualdad en la aplicación de normativa y que el Estado no legisle lesionando derechos solo para ciertos inversionistas.

Inversores extranjeros han argumentado la violación al estándar de trato no discriminatorio o arbitrario en 14 de los 24 casos. El caso Oxy I es un ejemplo en el cual el inversor no está de acuerdo con la decisión del Servicio de Rentas Internas de negar la devolución de IVA por reformas tributarias en el Ecuador, ya que la considera arbitraria y discriminatoria. La compañía argumentó que las medidas resultan discriminatorias, puesto que sólo se aplican a las compañías de exploración y producción de petróleo de la industria y no sistemáticamente a otros exportadores ecuatorianos.

Sin embargo, la ley de devolución de impuestos estaba diseñada solamente para los exportadores de bienes manufacturados, nunca se pensó en aplicarla para el sector de hidrocarburos. El Ecuador argumentó que las medidas no fueron discriminatorias, porque fueron aplicadas de igual manera a todas las compañías petroleras extranjeras o nacionales.

Finalmente, el Tribunal falló a favor de Oxy I, acusando al Gobierno ecuatoriano de haber actuado, parcialmente, de manera discriminatoria.

Protección y seguridades plenas

En la actualidad, el concepto se extiende más allá de la protección física, y se la ofrece en contra de violaciones a los derechos de los inversionistas por medio de leyes y regulaciones del Estado anfitrión. Al momento, existe consenso en que la cláusula no ofrece protección absoluta en contra de afectaciones físicas o legales, por lo que el Estado no es responsable de prevenir dichas vulneraciones; sin embargo, el Estado ecuatoriano ha sido demandado por vulneraciones a esta cláusula cuando ha intentado recuperar sus atributos esenciales o al equilibrar las ganancias en el sector de hidrocarburos.

Trato Nacional

La cláusula de trato nacional obliga al Estado receptor de la inversión a no discriminar entre inversionistas nacionales y extranjeros al crear y aplicar su normativa y, por tanto, igualar la posición del inversionista extranjero al nivel que se ofrece al nacional. Una crítica a esta cláusula es que el inversionista nacional no recibe los mismos beneficios y protección con los que cuenta el extranjero y tampoco la posibilidad de recurrir a mecanismos de arbitraje internacional, lo cual resulta discriminatorio con el inversionista ecuatoriano. En ocho casos, inversores han argumentado que el Estado los trató de manera diferente que sus nacionales: Oxy, Encana, Perenco, Murphy, GLOBALNET-Únete Telecomunicaciones y Copper Mesa.

En los casos de Oxy I y II y de Encana, la argumentación es similar. Las empresas arguyen que la denegación de devolución de impuestos al valor agregado (IVA), no se aplicó a inversores en el área de producción de bienes para la exportación. Sin embargo, el Gobierno dejó en claro que Encana y Oxy no fueron tratadas de manera menos favorable que todos los inversores, es decir, compañías petroleras que se encuentran en la misma situación, ya sean ecuatorianas o extranjeras. Cabe señalar que inversores en otras industrias no petroleras, se encuentran en distintas circunstancias, por lo tanto, no es posible reclamar por discriminación basada en la nacionalidad del inversor.

En los casos de Perenco y Murphy, la base de la argumentación se centra en que la Ley 42 generó un beneficio desproporcionado para los nacionales, respecto de las inversiones extranjeras en el sector petrolero de producción, dado que no existe

casi ninguna inversión ecuatoriana en ese sector. Perenco, por ejemplo, alega que al infligir deliberadamente un daño a las compañías no ecuatorianas, entre ellas Perenco, Ecuador ha dado un tratamiento más favorable a las inversiones de las compañías nacionales. Sin embargo, Perenco no ha podido demostrar que en la promulgación o aplicación de la Ley 42, Ecuador intentara “favorecer a inversionistas nacionales mediante la discriminación contra inversionistas extranjeros”. Como la propia Perenco admite, la Ley 42 se aplicó por igual a todos los participantes en ese sector, independientemente de su nacionalidad, por lo tanto, es evidente que no tuvo el efecto de discriminar a las empresas basándose en la nacionalidad. Decir que la Ley 42 es discriminatoria porque en un sector dominado por entidades extranjeras esta Ley afectó numéricamente más a los no nacionales que a los nacionales, no tiene sentido.

Finalmente, otros dos casos donde la violación de la cláusula de trato nacional fue invocada son los de GLOBALNET-Únete Telecomunicaciones y Copper Mesa. En el primer caso, la compañía argumentó que la demora en asignar las disposiciones de interconexión, causaron que, mientras la compañía demandante estaba impedida de operar y explotar su concesión, los demás operadores estatales y privados del Ecuador sí contaban con las referidas interconexiones y se encontraban en condiciones de prestar sus servicios.

Por su parte, Copper Mesa reclamó que el Estado había otorgado un trato más favorable a la compañía minera estatal ENAMI, cuando se le concedió un derecho de adquisición preferente sobre proyectos mineros. El Estado contestó que esa preferencia a la compañía estatal minera es un derecho legítimo de política pública y no una discriminación por nacionalidad, ya que ningún inversor ecuatoriano privado disfruta del mismo privilegio.

Situación de la ejecución de laudos arbitrales en el Ecuador

La ejecución de laudos arbitrales de acuerdo al convenio CIADI y a las reglas UNCITRAL

Los laudos dictados por tribunales de arbitrajes son exigibles para su ejecución por parte de los inversionistas, una vez que hayan quedado en firme, es decir, cuando el laudo ya no admite recurso alguno. Sin embargo, para que los laudos obtengan la calidad de firmes deben atravesar por los procedimientos administrativos que indican las reglas arbitrales por las que se rigió el Tribunal (las del Convenio del CIADI o las de UNCITRAL) y, de ser el caso, del procedimiento establecido en la legislación interna de

aquellos Estados en que el inversionista procure la ejecución de laudos arbitrales.

Actualmente, los casos abiertos que el Ecuador enfrenta son arbitrajes ante el CIADI y ante la Corte Permanente de Arbitraje (CPA), bajo las reglas de UNCITRAL, por este motivo, a continuación se analizan los procesos de ejecución de los laudos resultantes regidos por estas normas.

Ejecución de laudos bajo el reglamento CIADI

De acuerdo a lo que estipula el Convenio CIADI en sus artículos 53, 54 y 55, un laudo es ejecutable una vez que adquiere el carácter de definitivo; es decir, que los recursos interpuestos contra el mismo hayan sido resueltos, o bien, que haya transcurrido el plazo establecido para interponer recursos sin que las partes lo hayan hecho. Los laudos definitivos tienen la misma obligatoriedad para el Estado condenado que una decisión judicial dictada en territorio nacional.

Por otra parte, es posible que un laudo pueda ejecutarse, pese a encontrarse en proceso de revisión o anulación, siempre y cuando no haya sido suspendida su aplicación (decisión que depende del Comité de Anulación o del propio Tribunal, en caso de un recurso de revisión). De todas maneras, en estos casos, el laudo sigue teniendo un carácter provisorio y no definitivo. Por su parte, el Artículo 54 (2) del CIADI dispone que la ejecución de laudos deba realizarse a través del procedimiento y de las instancias u organismos administrativos que sean designados para ello, de acuerdo con la legislación interna del Estado.

Ejecución de laudos bajo el reglamento UNCITRAL

Las reglas UNCITRAL, en su artículo 34 (2), disponen que “las partes se comprometen a cumplir el laudo sin demora”, de lo cual se deduce que la ejecución se debe realizar con mínima dificultad, lo que podría implicar obviar un procedimiento de reconocimiento, puesto que significaría demorar la ejecución del laudo.

No obstante, en los casos de arbitraje de inversiones a los se apliquen reglas UNCITRAL, podrían utilizarse subsidiariamente las normas de ejecución ratificadas por Ecuador, como la Convención sobre el Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), y la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional de 1975 (Convención de Panamá). Estos instrumentos establecen que, los laudos dictados por tribunales arbitrales, deben pasar por un examen que garantice

que su contenido no será contrario a principios del ordenamiento jurídico del Estado o puedan afectar derechos de aquel contra quien se intenta ejecutar el laudo.

Situación actual para la ejecución de laudos extranjeros

En la actualidad, el Código Orgánico General de Procesos (COGEP) establece las competencias jurisdiccionales y los procedimientos necesarios para la homologación y ejecución de sentencias, laudos y actas de mediación emitidas en el extranjero, que tengan características o efectos de sentencia de acuerdo a su legislación de origen.

El COGEP establece como autoridad competente, para el reconocimiento y homologación de las decisiones judiciales, a la Corte Provincial de Justicia, a través de una de sus salas especializadas. En el mismo sentido, se determina que para la ejecución, será competencia del juez de primera instancia del domicilio del demandado.

De acuerdo con esta normativa, el proceso de homologación de una sentencia, o laudo extranjero, iniciará mediante solicitud del requirente a la sala especializada de la Corte Provincial, la misma que citará a la persona contra quien se busca ejecutar la sentencia para que, en un plazo de 5 días, pueda presentar y probar su rechazo a la mencionada ejecución. De considerarse que el rechazo a la ejecución se encuentra debidamente fundamentado, la Corte llamará a una audiencia en un plazo máximo de 20 días, donde sustentará y resolverá las pretensiones presentadas por la partes.

A su vez, la Corte está obligada a resolver la homologación y determinar la ejecución de la sentencia o laudo extranjero, en un plazo no mayor a 30 días contados desde el día en que se realizó la citación.

El COGEP reconoce que el procedimiento de ejecución de una sentencia (y un laudo extranjero con la misma calidad) es la vía de apremio; así, el COGEP, en su artículo 134, establece que: “apremios son aquellas medidas coercitivas que aplican las o los juzgadores para que sus decisiones sean cumplidas por las personas que no las observen voluntariamente dentro de los términos previstos.”

El COGEP establece requisitos a tomar en cuenta por parte de las Cortes Provinciales para que dicha homologación sea jurídicamente válida en el país. Al respecto, en su artículo 104, el COGEP determina que un laudo o sentencia extranjera pueden ser susceptibles de homologación tan solo si:

- a. Poseen las formalidades externas necesarias para ser considerados auténticos en el Estado.
- b. Que la sentencia pasó en autoridad de cosa juzgada, conforme con las leyes del país en donde fue dictada y la documentación anexa necesaria está debidamente legalizada.
- c. Que de ser el caso, estén traducidos.
- d. Que se acredite con las piezas procesales y certificaciones pertinentes, que la parte demandada fue legalmente notificada y que se haya asegurado la debida defensa de las partes.
- e. Que la solicitud indique el lugar de citación de la persona natural o jurídica contra quien se quiere hacer valer la resolución expedida en el extranjero.

Estableciendo, además, que aquellos laudos o sentencias extranjeras que condenen al Estado ecuatoriano podrán ser reconocidos por la jurisdicción nacional, siempre y cuando no contraríen las disposiciones constitucionales o legales del país, y se encuentren concordantes con los convenios internacionales vigentes en el Ecuador.

Por otra parte, es importante mencionar que el procedimiento de homologación no es de ninguna forma un acto de revisión a las decisiones fundamentales de las sentencias o autos extranjeros, o que se pretenda generar, en base a este procedimiento, una especie de instancia posterior que deje sin efecto las providencias tomadas por los juzgados o tribunales arbitrales foráneos, pues limita el accionar de los juzgados provinciales ecuatorianos a un examen procedimental de las sentencias o laudos, que busca identificar posibles falencias en el debido proceso relativo a su emisión y validez, tal y como prevé el artículo 103 del COGEP que dictamina que: “las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos, tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron.”

El procedimiento de homologación en el COGEP se constituye en la pieza fundamental para la ejecución de laudos extranjeros en el país, reconociendo que, de acuerdo a esta normativa, toda sentencia o laudo que no cumpla con el procedimiento o que vulnere los requisitos para su homologación, se estima como inválida a la luz de la legislación ecuatoriana y, por tanto, inejecutable en territorio nacional.

Casos emblemáticos contra Ecuador: deficiencias contenidas en las actuaciones y laudos de los tribunales arbitrales

CHEVRON II

La empresa petrolera Texaco Oil Company—actualmente Chevron Oil Company— inició sus operaciones en el Ecuador en el año 1964, las cuales concluyeron en el año 1992. Entre 1991 y 1993, durante las negociaciones sobre la liquidación del último contrato de concesión, la compañía presentó ante la justicia interna ecuatoriana 7 juicios, cuya pretensión alcanzaba los 553 millones de dólares.

En el año 2006, los directivos de la compañía Chevron que absorbiera a Texaco en 2001, alegaron que como la empresa no había obtenido hasta el momento ninguna sentencia en las causas interpuestas por la compañía anterior, el Estado ecuatoriano le habría denegado su derecho al acceso de justicia de manera sistemática. Basándose en este criterio, Chevron decidió interponer una demanda internacional ante la Corte Permanente de Arbitraje, bajo las normas de UNCITRAL, amparados en el TBI suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos. De igual forma, la compañía dedujo que la forma en que define “inversión” en el TBI, era lo suficientemente amplia como para amparar a las inversiones realizadas por Texaco en 1973 y 1977, e incluir las demandas legales y contractuales que podrían nacer de sus operaciones en el futuro.

En respuesta, el Estado ecuatoriano impugnó la competencia del Tribunal, debido a que el TBI invocado entró en vigencia con posterioridad a las inversiones efectuadas por Texaco en el Ecuador. De igual manera, la defensa alegó la improcedencia de la acción ya que las causas rechazadas en la función judicial del Ecuador están sometidas a la legislación interna ecuatoriana, la cual contempla el mecanismo de recusación en contra de los funcionarios judiciales que incumplan con los términos establecidos en un proceso judicial, condicionado a que los retrasos sean atribuibles a su inacción.

Ante ambas posturas, el tribunal de apelaciones decidió que Ecuador había incumplido el artículo II (7) del TBI, debido a una demora indebida por parte de los tribunales ecuatorianos en dictar sentencia sobre siete casos presentados por Texaco y, por lo tanto, se le hizo responsable por los daños que afectaron a los demandantes.

Particularidades del caso:

- La pretensión de Chevron era improcedente y debió ser desechada de inmediato, ya que pretendía que

el Tribunal asumiera las funciones jurisdiccionales internas del país, violando la soberanía nacional.

- El TBI en el cual se fundamenta la jurisdicción y competencia del Tribunal, fue suscrito en un espacio temporal muy posterior al tiempo hasta el cual la compañía petrolera mantuvo inversiones en el país, las cuales concluyeron en 1992. El Tratado, en cambio, entró en vigencia en 1997, cinco años después de que Chevron (Texaco) saliera del país, por lo cual el Tribunal no tenía jurisdicción *ratione temporis* para conocer el proceso, puesto que el TBI no contempla ninguna cláusula de retroactividad.
- Respecto del tiempo transcurrido, muchos de los procesos judiciales tenían una evidente carencia de impulso por parte de Chevron y ni siquiera se habían activado procedimientos de queja o recusación en contra de los funcionarios judiciales que, a su decir, le denegaron el acceso a la justicia.
- En la misma línea del punto anterior, al no haber agotado los procedimientos existentes en la legislación nacional, Chevron mal podría haber alegado ser víctima de una denegación de justicia en su contra, ya que simplemente era consecuencia de su propia inacción dentro del sistema judicial, por falta de interés procesal por parte de la empresa.
- Muchas de las acciones judiciales iniciadas por Texaco (hoy Chevron) habían sido, en su mayoría, desestimadas al momento de resolver el arbitraje, por lo que no cabía que el Tribunal internacional resolviera un proceso que se estaba conociendo en las cortes nacionales de jurisdicción interna.
- Los argumentos planteados por la defensa del Estado fueron claros y contundentes. Sin embargo, el equipo jurídico de la petrolera hizo un acto de generación espontánea de jurisprudencia por medio del cual dieron una nueva interpretación a una institución del derecho tan básica y fundamental, como el principio de irretroactividad de la norma legal.
- Cabe resaltar un hecho que la Comisión encontró dentro de la investigación de este proceso, que en el Laudo Parcial sobre Méritos del 30 de marzo del 2010, el Tribunal cita textualmente los artículos I, II y VI pertinentes, del TBI, sobre los cuales versa la controversia; en donde, al momento de comparar el TBI citado por el Tribunal con el TBI oficial que fue publicado el 11 de enero de 2011 en el Registro Oficial del Ecuador (Suplemento) No. 360, se encontraron algunas diferencias en los contenidos del texto, es decir, que el TBI utilizado por el Tribunal y el oficial no son iguales, lo cual constituye una inobservancia grave en el proceso. Por ejemplo, en la página 55 del Laudo Parcial sobre Méritos, en el literal a) del artículo 1, citado por el Tribunal, se agregan palabras que no constan en el texto publicado en el Registro Oficial. A continuación las dos versiones:

Versión citada por el Tribunal:	Versión publicada en el Registro Oficial:
Artículo 1	Artículo 1
1. Para los fines de este Tratado:	1. A efectos del presente Tratado:
(a) "Inversión significa toda clase de inversión en el territorio de una Parte, en posesión o bajo control directo o indirecto de nacionales o compañías de la otra Parte, como, por ejemplo, contratos de participación, endeudamiento, prestación de servicios, e inversiones; e incluye:	(a) "Inversión significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se hagan en el territorio de una Parte y que directa o indirectamente sea propiedad de nacionales o sociedades de la otra Parte o esté controlada por dichos nacionales o sociedades, y comprende:
(ii) una compañía o participaciones accionarias u otros intereses en una compañía o intereses en los activos de la misma;	(ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;
(iii) una solicitud de indemnización monetaria o una solicitud de ejecución con valor económico, y asociada con una inversión.	(iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión.

Elaboración: CAITISA.

Estas inconsistencias en los textos no pueden pasarse por alto debido a la manera en que alteran el sentido de las cláusulas; en el caso del artículo 1 del texto interpretado por el Tribunal, la definición de inversión se encuentra redactada de una manera más amplia que la versión del Registro Oficial ecuatoriano, lo que, en el contexto jurídico internacional y para el caso particular, significaría que el Estado tiene que otorgar una protección más amplia en materia de inversiones.

Lo mismo ocurre en los literales (ii) y (iii), en los cuales, por la forma de redacción, se cambia el sentido al decir que la inversión comprende "una compañía o participaciones accionarias u otros intereses en una compañía o intereses en los activos de la misma" y, "una solicitud de indemnización monetaria o una solicitud de ejecución con valor económico, y asociada con una inversión." Así, se puede establecer que el Tribunal buscaba que la figura de inversión en el Tratado se adaptara de manera que pudiera contener la obligación de proteger las inversiones hechas por Chevron.

La interpretación del Tribunal se basó en el texto del TBI presentado por Chevron, que contenía definiciones más amplias. Este hecho perjudicó al Estado ecuatoriano debido a la forma ilegal y maliciosa con la que se trató de exigir la retroactividad del convenio dentro del proceso.

El Tribunal asumió, de forma increíble y de la manera más irrespetuosa e intrusiva con la justicia ecuatoriana, que Chevron no hubiere obtenido ningún rédito positivo si hubiese presentado cualquier recurso judicial en el país, por lo cual justificó que no haya realizado actos de reclamo ante la

justicia interna para agotar los recursos judiciales y administrativos existentes. Para el Tribunal y para Chevron, en Ecuador, no existía virtualmente estado de Derecho.

Para Ecuador, pretender demostrar una tesis técnico-jurídica en su defensa, por más clara, correcta y lícita que ésta fuera, dentro de foros descaradamente parcializados hacia el inversor, se transmuta en un fútil y lastimero ejercicio de barbarie jurídica sin final, ya que el Tribunal *ad-hoc*, como se ha demostrado, tiene la pretensión permanente de declararse competente y cobrar los consabidos honorarios, sin perjuicio de torcer en el camino cualquier hecho para empatarlo con interpretaciones antojadizas de una norma.

CHEVRON III

El 23 de septiembre de 2009, la empresa Chevron Oil Company presentó una nueva disputa ante la Corte Permanente de Arbitraje, en contra del Ecuador. Esta nueva demanda de arbitraje tuvo como antecedente un solo juicio civil planteado en contra de la compañía por los ciudadanos amazónicos afectados por sus operaciones, y contiene los mismos vicios de ámbito temporal que en el caso anterior, pues invocó nuevamente el TBI con los Estados Unidos, en vigor desde 1997, para proteger inversiones realizadas antes de 1992, sin que, como ya se mencionara con anterioridad, existiera una cláusula de retroactividad en el Tratado.

La compañía utilizó como argumento que el Estado había acordado, previamente con los demandantes, perjudicar judicialmente los intereses de Chevron. En respuesta, la defensa del Estado planteó al Tribunal que Ecuador, por mandato constitucional, respeta el principio de división de poderes y, por lo tanto, está expresamente prohibida cualquier injerencia de la función ejecutiva sobre las decisiones adoptadas, autónoma y soberanamente, por parte de cualquier órgano de la Función Judicial.

Por su parte, la decisión del Tribunal fue ordenar al Ecuador que “(ya sea por su rama judicial, legislativa o ejecutiva) tomará todas las medidas necesarias para suspender, o causar que se suspenda, la ejecución y el reconocimiento, tanto dentro como fuera del Ecuador, de las sentencias de la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos de 3 de enero de 2012 y 13 de enero de 2012, (confirmando la sentencia del Juez Nicolás Zambrano Lozada de 14 de febrero de 2011), en contra del demandante en el proceso legal ecuatoriano conocido como ‘El caso Lago Agrio’ [...]”

Particularidades del caso:

- El Tribunal actuó sin pronunciarse sobre su competencia y se dispuso al Estado requerir al juez que llevaba la causa en la Corte de Ecuador, informar acerca de la fecha tentativa en la cual emitiría su sentencia. Este hecho, evidencia una indebida injerencia del Tribunal internacional sobre la decisión soberana de un juez autónomo.
- El 14 de febrero de 2011, tras ocho años de litigio, la Sala Única de la Corte Provincial de Sucumbíos, condenó a Chevron a pagar una millonaria suma de dinero a los demandantes por los daños y perjuicios ocasionados, así como a pagar el costo de la remediación ambiental necesaria para restaurar el área afectada por sus labores de extracción, por un monto aproximado de USD \$18.500'000,000., que posteriormente fue reducido por la Corte Nacional, dentro de un proceso de casación a 9.510.000.000 En respuesta al fallo ecuatoriano, el Tribunal solicitó a Ecuador suspender la ejecución de la sentencia, violando claramente la soberanía del país.
- El Tribunal, por sí y ante sí, se invistió de la autoridad para ordenar que el Estado ecuatoriano violentara su estructura constitucional para que, por medio de cualquiera de sus funciones, impidiera la ejecución de una sentencia contraria a los intereses de la empresa demandante, afectando los principios del Estado de Derecho.
- Respecto de lo anterior, resulta remarcable que todas las medidas fueron ordenadas por el Tribunal antes de que éste se pronunciara sobre su jurisdicción y competencia para resolver la disputa.
- El Tribunal decidió, sin realizar el más mínimo análisis, desechar todo vicio de jurisdicción planteado por la parte demandada, para impedir que se constituyeran como Árbitros para juzgar esta causa.
- Un claro ejemplo del trato inequitativo al que ha sido sujeto Ecuador es la permanente demora en realizar una diligencia de revisión *in loco* en la Amazonía ecuatoriana, solicitada por la defensa, y a la cual se opone la empresa demandante.
- La compañía Chevron plantea incidentes y el Tribunal los acoge; cuando Ecuador presenta solicitudes, el Tribunal decide resolverlas en el futuro. Esta ha sido la práctica común de este sesgado Tribunal al tratar esta causa. La paciencia de la defensa del Estado se agotó el 19 de septiembre de 2014, ante una nueva negativa de tratar la diligencia de inspección solicitada, el Estado recusó a los miembros del Tribunal del conocimiento de la causa por la falta de imparcialidad
- A pesar de los argumentos del Ecuador, el 21 de noviembre de 2014, el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje, mediante resolución, rechazó el pedido de Ecuador.

- Entre el 6 y el 10 de junio de 2015, tres años después de haberse presentado la solicitud de visita *in situ*, el Tribunal Arbitral y los representantes de las partes visitaron las zonas afectadas de la Amazonía ecuatoriana, en la cual los árbitros pudieron constatar la magnitud de los daños causados por Chevron-Texaco.

OCCIDENTAL I

La empresa petrolera Occidental Exploration and Production Company (OXY) inició sus actividades en Ecuador el 25 de Enero de 1985, cuando firmó un Contrato de Servicios para la Exploración y Explotación de petróleo en el bloque 15 de la Amazonía ecuatoriana. Posteriormente, en 1993, Ecuador reformó su Ley de Hidrocarburos estableciendo la posibilidad de renegociar los Contratos de Servicios por Contratos de Participación.

El 21 de mayo de 1999, Petroecuador y OXY suscribieron un contrato que estipulaba la restitución parcial del pago del IVA a la empresa con base en un factor matemático X, que calculaba los montos de retorno que debía percibir OXY. Pese a la celebración de este documento, OXY consideró que estas nuevas reglas impositivas afectaban directamente sus ganancias e intereses, de manera que en 2002, presentó una demanda contra Ecuador ante el Tribunal de Arbitraje Internacional de Londres, argumentando la violación del artículo II del TBI suscrito entre Ecuador y los Estados Unidos, referente al trato justo y equitativo.

En respuesta, el Estado ecuatoriano alegó que no se le negó a la empresa petrolera la devolución del IVA que se encontraba contemplada en el contrato. De igual modo, que no hubo trato discriminatorio en contra de la empresa, ya que las reformas tributarias afectaban a todas las empresas por igual. Ante ambos argumentos, el Tribunal consideró que la empresa demandante tenía derecho a la devolución total del IVA, y no únicamente al porcentaje pactado entre la empresa y el Estado en el contrato. De igual forma, determinó que Ecuador violó la cláusula de trato justo y equitativo, ya que la Ley Tributaria ecuatoriana es discriminatoria, pues excluye devolución de este impuesto a las empresas petroleras.

Particularidades del caso

- El Tribunal arbitral carecía de jurisdicción y competencia para tramitar la causa, en razón de que OXY había ya interpuesto demandas contra el Estado ecuatoriano por la misma causa ante cortes nacionales, mismas que se encontraban en pleno trámite bajo la jurisdicción ecuatoriana.

- El Tribunal ordenó a Ecuador no emprender acción legal alguna, ni adoptar medida alguna que negara el beneficio económico de los reembolsos del IVA a la empresa petrolera en el futuro, con lo que el Tribunal se inmiscuía en la política tributaria nacional y prohibía alterar la situación que la empresa demandante consideraba más benéfica para sus intereses.
- De acuerdo con las normas del TBI suscrito con Estados Unidos, específicamente aquellas contenidas en su artículo 10, solo podían solventarse en arbitraje internacional contradicciones de tipo tributario que implicaran expropiación o impedimento a la libre transferencia de divisas, causales que de ninguna manera se configuraban dentro de las acciones emprendidas por el Estado ecuatoriano.
- Dentro del proceso de jurisdicción y competencia, el Tribunal arbitral, en una extensiva interpretación de los límites de su jurisdicción y de las cláusulas del TBI, decidió concederle razón a la empresa demandante, argumentando que las funciones de la justicia interna y del arbitraje internacional eran diferentes y que las disputas presentadas a nivel nacional pueden coexistir armónicamente con aquellas que se solventan a escala internacional, a pesar de versar sobre los mismos hechos.
- Por otra parte, dentro del proceso que consideraba los hechos de fondo de la demanda, el Tribunal decidió acoger favorablemente las pretensiones de OXY, fallando en contra del Ecuador, obligándole a la devolución de la totalidad del IVA pagado por OXY como resultado de la importación o adquisición local de bienes y servicios utilizados para la producción de petróleo para exportación más intereses; determinando también que el Estado ecuatoriano incumplió su obligación de brindar a OXY un trato justo y equitativo, y un trato no menos favorable que el concedido a los nacionales y a otras compañías.
- La investigación realizada por los Comisionados logró determinar la existencia de acciones de presión diplomática por parte del Gobierno norteamericano, en complicidad con personeros estatales, como el entonces Canciller Heinz Moeller, quien mediante Oficio No. 654255/GM/SB, del 22 de noviembre de 2002, expresó al Procurador General del Estado que el Estado ecuatoriano, a través de su intermedio, había negociado con los Estados Unidos la aceptación del arbitraje internacional planteado por OXY, como requisito para que Ecuador pueda ser declarado beneficiario de las preferencias arancelarias otorgadas por ese país.

OCCIDENTAL II

OXY II se basó en diversos supuestos incumplimientos por parte del Estado Ecuatoriano al TBI suscrito

con los Estados Unidos. La empresa demandante fundó su reclamo en el contrato de participación suscrito el 21 de mayo de 1999 entre OXY y PETROECUADOR, para la exploración y explotación del Boque 15, ubicado en la Amazonía ecuatoriana.

En la demanda ante el CIADI, la empresa alegó que la Ley de Hidrocarburos, promulgada en 2006, estaba dirigida a despojarla de una importante parte de sus ingresos. De igual forma, manifestó que la declaración de caducidad o terminación unilateral, por parte del Estado, del contrato de participación y de los contratos de operación, al igual que la confiscación de la totalidad de esas inversiones en Ecuador sin compensación alguna, lesionaron gravemente a la empresa petrolera. Por este motivo, el 17 de mayo de 2006, OXY solicitó una compensación de USD \$3.370 millones, por parte del Estado ecuatoriano.

En respuesta, Ecuador alegó que la declaración de caducidad y terminación unilateral del contrato –cuya consecuencia era la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas, y la entrega de todos los equipos, maquinarias y otros elementos de exploración o de producción– fue un acto legítimo del Estado puesto que la empresa Oxy vendió el 40% de sus acciones a la empresa Encana Corporation, sin contar con la autorización del Ministerio de Energía y Minas de la época, estipulada en el mismo contrato y la legislación ecuatoriana.

Ante ambos argumentos, los miembros del Tribunal resolvieron que Ecuador violó la cláusula de trato justo y equitativo a la inversión de los demandantes, que aplicó medidas equivalentes a la expropiación de inversiones impedidas por el respectivo TBI y que declaró la caducidad del contrato con violación del derecho ecuatoriano y del derecho internacional consuetudinario, condenándolo al pago de USD \$1.769,6 millones, más intereses, por indemnización a la parte demandante.

Debido al pronunciamiento del Tribunal, Ecuador presentó ante el mismo CIADI, el 9 de octubre de 2012, la solicitud de anulación del laudo, alegando que el Tribunal se excedió de manera manifiesta en el ejercicio de sus competencias puesto que el contrato excluía expresamente el arbitraje ante el CIADI. De igual manera, Ecuador argumentó que las decisiones arbitrales fueron tomadas sin motivación o con motivación insuficiente o contradictoria; se violaron, además, reglas fundamentales del debido proceso.

En la reconvención de la demanda, Ecuador propuso tener en cuenta 4 aspectos: i) actuación de mala fe de OXY; ii) incumplimiento de los términos del contrato por el uso de la vía diplomática o consular, para solicitar la reclamación del caso; iii)

sobre la conducta destructiva de la empresa demandante en el Bloque 15 y; iv) OXY no pagó un cargo de cesión ni redactaron un nuevo contrato de participación más favorable para Ecuador. El Tribunal del CIADI, básicamente, desestima todos los argumentos presentados por el Estado ecuatoriano, por la supuesta falta de pruebas alegadas al proceso.

La audiencia sobre la fase de anulación se llevó a cabo del 7 al 10 de abril de 2014, en París, con lo cual el Comité cerró formalmente el procedimiento. El fallo del tribunal fue suspendido hasta que se resolviera la nulidad del mismo.

Particularidades del caso:

- El Tribunal no era competente para conocer y resolver las pretensiones de la parte demandada, debido a que el contrato excluía expresamente arbitraje sobre temas de caducidad.
- Los reclamos de OXY fueron prematuros e inadmisibles porque no impugnaron el acto administrativo de caducidad ante la justicia ecuatoriana.
- El Tribunal concluyó que la declaratoria de caducidad del contrato del Bloque 15 constituyó una medida equivalente a la expropiación e invocó al Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN), del cual Ecuador no es parte; clara muestra de la extralimitación de su poder.
- En un acto contradictorio, el Tribunal declaró que la falta de autorización estatal volvió inexistente la cesión de acciones, de manera que OXY continuaba siendo la única propietaria; con este argumento, otorgó a OXY la totalidad de la indemnización.
- El Tribunal admitió que OXY violó el Contrato de Participación al no obtener la autorización para la transferencia de sus participaciones; sin embargo, consideró, arbitrariamente, que la declaratoria de caducidad era desproporcional.
- A pesar de reconocer la responsabilidad de OXY, el Tribunal solo rebajó el 25% de la indemnización por su negligencia de no pedir autorización.
- La decisión tomada en el laudo de mayoría fue enérgicamente rechazada en el voto disidente de uno de los miembros del Tribunal arbitral, la profesora Brigitte Stern, lo cual revela las graves violaciones en las que incurrió el tribunal al exceder, de manera manifiesta, los límites de su propia competencia; asimismo, se señaló que el laudo de mayoría era carente de motivación, contradictorio y en el que se constataba un evidente exceso de poder.
- En las filtraciones de cables diplomáticos de la Embajada norteamericana en Ecuador, realizadas por Wikileaks, se determinó la existencia de presiones al Estado ecuatoriano por parte de la

delegación diplomática de los Estados Unidos para favorecer los intereses de OXY, principalmente durante el gobierno de Lucio Gutiérrez, período en el cual la Embajadora Kristie Kenney se reunió con personeros estatales como Ivonne Baki, entonces Ministra de Comercio; Mauricio Yépez, Ministro de Economía; Patricio Zuquilanda, Canciller y el Ministro de Gobierno, Raúl Baca.²⁴

- El cable diplomático de la Embajada de los Estados Unidos revela que su máxima funcionaria hizo saber a los mencionados funcionarios ecuatorianos que continuar con un proceso contra OXY, u otra empresa norteamericana, tendría graves implicaciones para la renovación de las preferencias arancelarias para Ecuador y la negociación del Tratado de Libre Comercio con Estados Unidos. Por su parte, los representantes del Estado ecuatoriano adoptaron una posición favorable a los intereses de Occidental, como en el caso de Ivonne Baki, quien consideró como un acto indignante el proceso llevado a cabo por el Procurador del Estado contra la compañía, o del Ministro Baca, quien supo declarar a la Embajadora norteamericana que, en múltiples ocasiones, había tratado de disuadir al Procurador de llevar a cabo acciones contra OXY.²⁵
- Otro cable diplomático reveló que Yépez había considerado sugerir al Presidente Gutiérrez que se conformara una comisión de negociación con OXY, la cual limitara la influencia y bajara el tono al Procurador,²⁶ sugerencia que fue adoptada por Gutiérrez en meses posteriores²⁷ y que fue apoyada por el Canciller Zuquilanda.

BURLINGTON-PERENCO

La empresa Burlington Resources Inc. inició sus actividades en Ecuador en el año 2000, cuando, a través de sus empresas subsidiarias Burlington Resources Oriente Limited, Burlington Resources Andean Limited y Burlington Resources Ecuador Limited, adquirió acciones en los Contratos de Participación para la exploración y explotación de reservas petroleras en los bloques 7, 21, 23 y 24, de la Amazonía ecuatoriana.

Por su parte, la empresa Perenco Ecuador Limited inició sus actividades en el Ecuador en el año 2002, cuando adquirió acciones en los Contratos de Participación para la exploración y explotación de reservas petroleras de los bloques 7 y 21 de la Amazonía ecuatoriana; Perenco se convirtió en accionista mayoritario del consorcio, con Burlington, al controlar el 53,7% de las acciones del bloque 21 y el 57,50% de las acciones del bloque 7.

El 19 de abril del 2006, el Congreso ecuatoriano promulgó la Ley No. 2006-42, mediante la cual se modificó la anterior Ley de Hidrocarburos, misma que determinó una participación del Estado ecuatoriano del 50% sobre los “excedentes de los precios de venta del petróleo no pactados o no previstos” a los contratistas privados que tenían Contratos de Participación en vigor con el Ecuador.

Ante la expedición de esta ley, Burlington y Perenco decidieron interponer demandas de arbitraje, de forma separada, ante el CIADI, argumentando que el Estado ecuatoriano violó las cláusulas contenidas en los TBI suscritos con Estados Unidos (Burlington) y Francia (Perenco). Al respecto, adujeron que el aumento de la participación del Estado ecuatoriano en los “excedentes de los precios de venta del petróleo no pactados o no previstos” se constituía en una medida expropiatoria de la inversión realizada por estas empresas.

En su defensa, Ecuador argumentó que la Ley No. 2006-42, no implicaba una modificación de los términos estipulados en los contratos de participación, sino que únicamente regulaba un factor que no había sido considerado en los mismos, explicando, además, que las acciones del Estado ecuatoriano no correspondían a medidas expropiatorias, inclusive porque el Consorcio conformado por Burlington y Perenco abandonó los bloques petroleros en el año 2009, motivando la caducidad de los contratos suscritos con estas empresas.

Hasta la fecha de terminación de la presente Auditoría, el Tribunal no se ha pronunciado definitivamente sobre las demandas, no obstante sí emitió decisiones y laudo de jurisdicción.

Particularidades de los casos

BURLINGTON

- En el laudo de Burlington, el Tribunal analizó la eventual existencia de expropiación y, para hacerlo, revisó inicialmente si a partir de los actos de las diferentes instancias del Estado ecuatoriano, la compañía Burlington sufrió una verdadera expropiación. En otras palabras, el Tribunal consideró que, si bien probablemente un acto en sí mismo podría no haber constituido una expropiación, tal vez la sucesión de los diferentes actos normativos implementados por el Ecuador, en su conjunto, sí podrían haber enmascarado una expropiación en contra de dicha compañía.

24 Cable Diplomático de la Embajada Norteamericana en el Ecuador Canonical ID: 04QUITO2327_a, denominado “The Procurador Strikes Back at Occidental Petroleum”.

25 *Ibidem*.

26 *Ibidem*.

27 Cable Diplomático de la Embajada Norteamericana en el Ecuador Canonical ID: 04QUITO2380_a, denominado “Progress on Occidental Case”.

- El Tribunal analizó la aplicación de la Ley 42, determinando que la misma no configuraba un acto expropiatorio, pues se evidenció que no había afectado significativamente los ingresos de Burlington, lo que causó el rechazo del argumento de expropiación propuesto por la empresa y, consecuentemente, el Tribunal declaró como inexistentes las supuestas violaciones al contrato y al Tratado de protección de inversiones.
- Posteriormente, el Tribunal analizó si el acto por el cual se declaró la caducidad del Contrato de Participación con Burlington constituía una medida expropiatoria implementada por el Estado ecuatoriano, determinando que, tras el abandono de los bloques petroleros por parte de Burlington, el hecho de que el Estado ecuatoriano haya entrado en posesión, administrara y explotara los bloques 7 y 21, respondía a un acto lógico por parte del Ecuador ante el accionar de la compañía.
- Sin embargo, el tribunal consideró que aunque la medida referida con anterioridad era lógica y legítima para el Estado ecuatoriano está de acuerdo a las cláusulas del TBI suscrito con los Estados Unidos implicaba la obligación por parte del Ecuador de compensar a Burlington por la adquisición de sus bienes, en razón de las medidas tomadas por el Gobierno al momento de la caducidad del contrato con esta empresa.
- De lo anterior se colige que el fallo determinó que esta “inobservancia” por parte del Estado ecuatoriano sí se configuraba como una violación de las cláusulas del TBI con los Estados Unidos y, en un acto expropiatorio e ilegal, el Ecuador tendría que cubrir las indemnizaciones correspondientes a Burlington, en razón de su acto violatorio de las normas del TBI.

PERENCO

- Perenco Ecuador Limited es una empresa domiciliada en las Bahamas que, a su vez, pertenece a Perenco Gabon S.A. El 92,5% de las acciones de Perenco Gabon S.A. pertenecen a Perenco S.A., la cual es propiedad, a su vez, de otra empresa llamada Perenco International Limited, cuyas acciones son propiedad del ciudadano francés Hubert Perrodo, fallecido en 2006, cuya base hereditaria permanece en suspensión y no ha sido dividida entre los herederos. Sobre la base de tal nacionalidad, Perenco Ecuador Limited demandó al Estado ecuatoriano por violación al TBI suscrito con Francia, pese a que todas las empresas mencionadas se encuentran domiciliadas en las Bahamas.
- Como podemos observar, Perenco utilizó el domicilio de sus subsidiarias en un paraíso fiscal (Bahamas) para fines tributarios; pero, asumió

la nacionalidad de su propietario para sujetarse a la protección del TBI suscrito entre el Ecuador y Francia.

- El Tribunal arbitral analizó, al igual que en el caso Burlington, la posible configuración de un acto expropiatorio contra Perenco, en la emisión de la Ley 42 por parte del Estado ecuatoriano, determinando que tal acción de Ecuador, de ninguna manera, constituyó un acto expropiatorio.
- Sin embargo, en contradicción con el Caso Burlington el tribunal determinó que el cambio suscitado por Ecuador en el porcentaje estipulado para los precios excedentes del petróleo que aumentó del 50% al 99% de participación para el Estado, sí implicó una violación a los términos, tanto del contrato de participación como a los del TBI suscrito con Francia.
- En cuanto a la caducidad del Contrato de Participación, el Tribunal del caso Perenco consideró que, si bien el contrato contenía una disposición que facultaba a declarar la caducidad, Ecuador no se encontraba obligado a hacerlo, de tal suerte que al declararla se configuró un acto violatorio del Contrato de Participación, pues el Estado ecuatoriano debió esperar por el pronunciamiento del Tribunal arbitral.

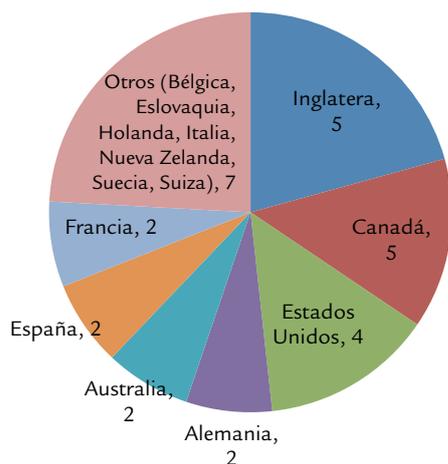
A criterio de la Comisión, la existencia de contradicciones tan explícitas en dos procesos que provienen de un mismo hecho fáctico, y que son presentados bajo las mismas circunstancias y argumentos, refleja claramente las deficiencias del sistema internacional de solución de controversias relativas a inversiones, pues denota la incapacidad de los centros de arbitraje (en este caso el CIADI) para evitar laudos contradictorios, la inexistencia de un sistema de análisis de casos y de reglas que limiten la interpretación extensiva por parte de los árbitros, así como la ausencia de una autoridad que pueda normar estas circunstancias o servir como órgano de apelación que subsane estas disparidades.

El rol de los árbitros en el sistema de arbitraje internacional de inversiones y los casos contra Ecuador

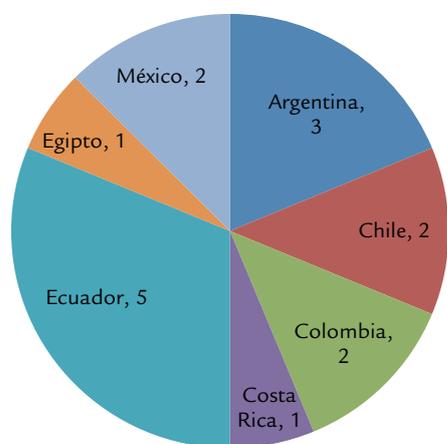
Árbitros que han participado en procesos contra el Ecuador

Un total de 45 árbitros han actuado en los casos contra Ecuador analizados por la Comisión, de los cuales el 64% provienen de “países desarrollados” (principalmente Inglaterra, Estados Unidos, Canadá y otros países de Europa).

Árbitros de “países desarrollados” (64,4%)



Árbitros de otros países (35,6%)



Elaboración: CAITISA.

A su vez, de los 45 árbitros que han actuado en casos contra Ecuador, solo dos son mujeres. Estas estadísticas siguen la tendencia mundial donde la gran mayoría de los paneles arbitrales están compuestos por hombres provenientes de Europa, Estados Unidos y Canadá.

La industria del arbitraje internacional de inversiones está dominada por un reducido y compacto grupo de árbitros, los cuales han sido calificados por académicos, periodistas y otras personas cercanas al circuito del arbitraje de inversiones, como “un pequeño club secreto”,²⁸ “un círculo cerrado”,²⁹ “un hermético grupo homogéneo integrado por

‘grandes veteranos’.³⁰ Estos árbitros de élite³¹ concentran la mayor parte de los casos conocidos de arbitraje inversor-Estado. Por ejemplo, solo 15 árbitros, casi todos ellos procedentes de Europa, los Estados Unidos o Canadá, han resuelto el 55% de todas las disputas conocidas basándose en tratados de inversión.³²

Esta tendencia se puede observar también en los casos contra Ecuador, donde el 58%, es decir 26 de los árbitros nominados, son considerados “de élite”, pues forman parte del club de árbitros con influencia y con nominaciones repetidas. De estos, 13 son considerados los principales referentes en el mundo del arbitraje de inversiones a nivel mundial.

Los árbitros que forman parte de este grupo tienden a promover y defender el sistema de protección de inversiones, incluso cuando sus contradicciones son tales que amenazan con desprestigiarlo. Muchos tienen mayor afinidad con el mundo comercial y su posición les da el poder de decidir si las políticas nacionales de los Estados son “legales”. Además, tienden a ignorar en su análisis de los casos que, en determinadas circunstancias, los Estados deben implementar políticas públicas en el interés de sus ciudadanos o el medioambiente, aun cuando estas afecten las ganancias de los inversores.

Cuando los árbitros con una visión y unos intereses compartidos en el sistema representan la mayoría del panel arbitral, están en condiciones de interpretar la ley de manera parecida y, potencialmente, controlar sus decisiones.

En el análisis de casos contra Ecuador, la presencia de árbitros considerados de súper élite parece haber influido en el resultado:

- a. **La mayoría de los casos donde dos o más árbitros son parte de la súper élite, el laudo ha favorecido al inversor:** Se evidencia que de los once casos donde el Tribunal ha emitido un laudo, en seis fue a favor del Inversor (Oxy I, Duke Energy, Oxy II, Chevron (II), Perenco y Burlington). Lo que llama la atención es que en cinco de los seis casos, dos o más de los árbitros que tomaron la decisión son considerados de súper élite.³³ Por el contrario, de los casos donde el laudo fue a favor del Estado (M.C.I. Power Group, Encana, Emelec, Ulysseas,

28 Barker, Emily (2005) Editor’s Note, Focus Europe. An American Lawyer supplement 27:6, summer.

29 Samuels, David (2006) Roundtable: the under 45s versus the heavyweights, Global Arbitration Review, Volume 1 - Issue 5, 1 de noviembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/16467/roundtable-45s-versus-heavyweights>

30 Kapeliuk, Daphna (2010) The Repeat Appointment Factor - Exploring Decision Patterns of Elite Investment Arbitrators, Cornell Law Review 96:47, p. 77, <http://www.lawschool.cornell.edu/research/cornell-law-review/upload/Kapeliuk-final.pdf>

31 Los criterios para determinar árbitros que pueden considerarse parte de esta elite incluyen: los árbitros que han sido nominados repetidamente en los ranking más reconocidos que la revista The American Lawyer publica cada dos años, o han sido nombrados como árbitro favorito por la revista Global Arbitration Review (GAR), y que además se ha sentado en un número alto de arbitrajes del CIADI. También importa tener roles prominentes en centros de arbitraje internacional, impartir conocimiento sobre arbitraje internacional en los principales centros de formación de abogados especializados en inversiones y/o ser referentes en términos de publicaciones sobre arbitraje de inversiones por último, pertenecer a bufetes de abogados internacionales o Chambers especializados en arbitraje de inversiones.

32 Eberhardt, P y Olivet, C (2013) Cuando la Injusticia es negocio, TNI/CEO

33 Oxy I (Orrego Vicuna y Brower); Duke Energy (Kaufmann-Köhler y van den Berg); Oxy II (Fortier y Stern); Chevron II (Böckstiegel, Brower y van den Berg); Burlington (Kaufmann-Köhler; Francisco Orrego Vicuña y Stern)

Murphy I), solo en uno, dos de los árbitros eran de súper élite. Esta situación demuestra que cuando dos o más de los árbitros son de súper élite, quienes tienen los intereses más altos en la supervivencia del sistema y para quienes su principal fuente de ingreso son las disputas inversor-Estado, las chances de que el resultado sea pro-inversor se incrementan.

- b. Casi en todos los casos en los que el laudo ha sido a favor del inversor, el presidente del Tribunal es árbitro de súper élite:** En 5 de los 6 casos contra Ecuador donde el laudo ha sido a favor del inversor, el presidente es considerado árbitro de súper élite, a saber Oxy I (F. Orrego Vicuña), Duke Energy (G. Kaufmann-Köhler), Oxy II (Y. Fortier), Chevron II (Presidente K.H. Böckstiegel), Burlington (Presidente G. Kaufmann-Köhler); la única excepción sería el caso Perenco (P. Tomka). Por el contrario, en todos los casos donde el laudo ha sido a favor del Estado, el presidente del tribunal es un árbitro conocido, pero no considerado de súper élite: M.C.I. Power (R.E. Vinuesa), Encana (J. Crawford), Emelec (Presidente B. Sepúlveda Amor), Murphy I (Presidente R. Oreamuno Blanco) y Ulysseas (Presidente P. Bernadini).

Sesgo comercial de los árbitros

La mayor parte de los árbitros han creado su carrera alrededor del arbitraje comercial, donde mantienen vínculos directos con los centros de arbitraje internacional, con los bufetes de abogados internacionales e incluso han reconocido que “[...] no se ven normalmente como guardianes del interés público”,³⁴ lo cual es un factor determinante al decidir si las acciones del Gobierno son o no justificadas, más allá de la afectación a los intereses privados. Los árbitros no poseen la potestad de decidir si las políticas nacionales de los Estados soberanos son “legales” bajo el derecho internacional, sin embargo en muchos de los casos, debido a su visión que mayoritariamente se orienta hacia el ámbito comercial y empresarial, tienden a soslayar políticas públicas a favor de los ciudadanos o del medio ambiente.

La formación del árbitro es primordial en las decisiones que lleguen a tomar, en palabras de Brigitte Stern su importancia radica en que “los árbitros tienen que tomar decisiones para resolver las disputas y las mismas responden, por supuesto, a su punto de vista político”.³⁵ Asimismo, algunas investigaciones confirman que el arbitraje de inversiones es impulsado por factores no legales, como las preferencias políticas de los árbitros, sus orígenes sociales y personales.³⁶

De esta manera, los árbitros que provienen del sector público son más receptivos ante la necesidad de los Estados de regular políticas públicas para satisfacer las necesidades de la población a favor de la salud pública o en protección del medio ambiente. Por otro lado, los árbitros que provienen del ámbito comercial tienden a proteger las expectativas y derechos adquiridos por los inversores, hasta el punto de considerar que los mismos no deben ser alterados bajo ninguna circunstancia.

Un análisis de la formación de los 45 árbitros que han actuado en casos contra Ecuador demuestra que el 69% provienen del ámbito del arbitraje comercial y, a lo largo de su carrera, se han dedicado a mediar en casos comerciales o asesorar a corporaciones.

Otras observaciones interesantes que se desprenden de este análisis son las siguientes:

El Estado ha nominado, en por lo menos 50% de los casos, árbitros que provienen del ámbito comercial, cuando es de esperar que el Estado hubiere buscado árbitros con un perfil más orientado al derecho internacional público, o una formación no tan cercana a los derechos de los inversores.

Los inversores han nominado, en por lo menos el 89% de los casos, a árbitros que provienen del ámbito comercial.

Los presidentes nominados en casos contra Ecuador, quienes se sabe que tienen un peso específico determinante en la decisión de los paneles arbitrales provienen, en el 62,5% de los casos, del área del arbitraje comercial.

La estructura del sistema de arbitraje crea conflictos de intereses

No obstante la apariencia de independencia e imparcialidad del sistema de arbitraje de inversiones, en los últimos años saltaron a la luz importantes falencias relativas a las reglas que gobiernan dicho sistema.

En los últimos cinco años, las críticas a la forma de operar del arbitraje de inversiones internacional y, en particular al CIADI, se han intensificado. A continuación se presenta un resumen de algunos de esos problemas que han sido públicamente discutidos en diferentes ámbitos e instituciones y que encontramos que se reproducen en el caso de los arbitrajes contra Ecuador:

El sistema de arbitraje inversor-Estado importa sus prácticas del arbitraje comercial privado: Las prácticas del arbitraje comercial entre privados son

34 Park, W. & Alvarez, G. 2003, ‘The New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11’, The Yale Journal of International Law, vol. 28, p. 394.

35 Ross, Alison (2010) Brigitte in Brazil, Global Arbitration Review, Volume 5 - Issue 3, 5 July, <http://www.globalarbitrationreview.com>.

36 Waibel, Michael and Wu, Yanhui (2011) Are arbitrators political?, <http://www.wipol.uni-bonn.de/lehrveranstaltungen-1/lawecon-workshop/archive/dateien/waibelwinter11-12> [citado con permiso].

inapropiadas en los casos de disputas contra Estados cuando lo que está en juego son decisiones sobre políticas públicas.

Los casos los deciden árbitros elegidos de manera ad-hoc, sin garantías institucionales de imparcialidad e independencia: Se ha cuestionado fuertemente el hecho de que quien evalúe la validez de los actos de los Estados, sobre todo cuando se refieren a cuestiones de política pública, sean tres individuos, nombrados de manera ad-hoc. En el caso de los árbitros de inversiones no existen garantías institucionales de imparcialidad e independencia como: seguridad del cargo, prohibición de tener otro cargo remunerado, prohibición de ejercer la abogacía, entre otros.³⁷

Se han identificado graves conflictos de intereses de los árbitros: Una de las principales críticas radica en el hecho de que los árbitros ejerzan frecuentemente, de manera paralela, el rol de representantes de las partes. También se ha identificado que los árbitros tienen incentivos monetarios para: **a)** beneficiar a los inversores, ya que estos son los únicos que pueden iniciar demandas, **b)** aceptar jurisdicción y alargar su participación en el caso lo más posible, puesto que mientras más largo sea el caso, mayor es su remuneración, y **c)** defender el sistema de arbitraje de inversiones como existe hoy.

Los árbitros hacen una interpretación expansiva de las normas, favoreciendo así a los inversores: Los laudos emitidos por árbitros internacionales contra Estados han incorporado en muchos casos interpretaciones excesivamente expansivas del lenguaje de los tratados de inversión. Estas interpretaciones han dado prioridad a la protección de la propiedad y los intereses económicos de las empresas transnacionales, sobre el derecho que tiene cada Estado a regular y el derecho de los pueblos a la libre determinación.

El sistema de descalificación de los árbitros es particularmente problemático en el CIADI: El abogado especializado en arbitraje de inversiones, Karel Daele, publicó un estudio donde expone la dificultad en descalificar a los árbitros, aún cuando haya claros conflictos de intereses. El resultado de su investigación indica que hasta el 2011, solo 1 pedido de recusación (de 32) había sido aceptado en el CIADI. Esto se explica porque las razones que permiten la recusación son demasiado limitadas y quienes deciden sobre la recusación son los dos co-árbitros no impugnados. Lo expuesto resulta en que son los árbitros –generalmente parte del mismo grupo de élite– los que deciden si uno de sus compañeros es imparcial.

Otros problemas incluyen la falta de revisión judicial de los laudos: Las reglas del sistema actual de arbitraje internacional del CIADI estipulan que los laudos son finales, vinculantes y no existe mecanismo de apelación. Y también se critica la **falta de transparencia.**

Conflictos de intereses de los árbitros que deciden los casos contra Ecuador

Los árbitros que evalúan la validez de los actos del Estado ecuatoriano han sido elegidos, de manera ad-hoc, sin garantías institucionales previas de imparcialidad e independencia. La mayoría de estos individuos han continuado ejerciendo otros roles, tales como: consejeros de parte en arbitrajes, asesores de empresas, miembros del directorio de empresas o testigos expertos.

De los 45 árbitros que han participado en casos contra Ecuador, el 73% sigue ejerciendo la abogacía en bufetes, y combinan la práctica de la profesión en firmas de abogados con su rol de árbitro. El 71% asesoran a empresas o son parte de directorios de empresas. En la práctica, este *modus operandi* tiende a desembocar en una serie de potenciales conflictos de intereses.

De los 26 casos contra Ecuador, se han presentado conflictos de intereses que llevaron a pedidos de recusación en relación con 8 árbitros. En 5 de ellos, se trataba de árbitros nominados por el inversor. Los conflictos de intereses identificados en estos casos se relacionaron con declaraciones públicas que denotaban sesgo en contra del Gobierno ecuatoriano o sus representantes legales, una relación estrecha entre el árbitro y el bufete que representa al inversor y el haber actuado en otros casos donde las circunstancias eran muy similares.

En dos de los casos contra Ecuador (Burlington y Perenco), la recusación presentada fue exitosa, culminando con la remoción del árbitro cuestionado del tribunal arbitral.³⁸ En uno de los casos (Merck Sharpe) la recusación no prosperó, ratificándose la presencia del árbitro cuestionado en el tribunal. Finalmente, en caso (Murphy) la recusación presentada por Ecuador no llegó a ser conocida, en tanto el árbitro recusado, el argentino Guido Tawil, hizo uso de su prerrogativa de renunciar “por motivos personales”. Lo mismo pasó con la árbitra Brigitte Stern, después que la empresa Merck pidiera su recusación.

37 Van Harten, Gus (2010) Investment Treaty Arbitration, Procedural Fairness, and the Rule of Law, en Schill (ed), International Investment Law and Comparative Public Law (Oxford University Press, 2010).

38 En el caso Burlington se recusó a Rodrigo Orrego Vicuña y en el caso Perenco a Charles N Brower.

Arbitro	Caso	Conflicto	Resolución
Charles N. Brower (Arbitro nombrado por el inversor)	Perenco v. Ecuador	El árbitro ha públicamente criticado al Estado por sus políticas de gobierno. Brower dio una entrevista en a la revista The Metropolitan Corporate Counsel llamada “A World-Class Arbitrator Speaks!” donde critico las medidas de gobiernos de salirse del sistema de protección de inversiones y llamo a Ecuador recalitrante. ¹ Brower fue recusado en el caso Perenco el 8 de diciembre de 2009. Mientras tanto, estaba en curso el caso Chevron/Texaco II donde Brower era el árbitro nominado por el inversor. En el 2011, el Tribunal de Chevron/Texaco emite laudo en contra del Estado y le ordena pagar US\$ 96,000,000.	La recusación fue aceptada
Francisco Orrego Vicuña ² (Arbitro nominado por el inversor)	Burlington v. Ecuador	El árbitro ha sido nominado repetidamente por el mismo bufete de abogados y por lo tanto se presume mantiene una relación con una de las partes en la disputa. Orrego Vicuña recibió repetidos nombramientos como árbitro por parte de Freshfields. Se le cuestiono la falta de divulgación de estos nombramientos en este caso; y, su conducta en el proceso, que incluye: su disenso de la decisión del tribunal sobre Jurisdicción en el 2010 , su decisión sobre responsabilidad en el 2012; su conducta durante la teleconferencia del 11 de julio del 2013 previa a la audiencia. Sin embargo, lo que llevo a su recusación no fueron los hechos originalmente alegados sino su respuesta al pedido de recusación donde cuestiono la ética del representante legal de Ecuador ³ .	La recusación fue aceptada
Guido Tawil (Arbitro nominado por el inversor)	Murphy v. Ecuador (III)	El árbitro ha cooperado en repetidos casos con alguno de los bufetes que representan a las partes en la disputa. El pedido de recusación se basa en la relación cercana entre Tawil y King and Spalding (el representante de Murphy en el caso): Tawil participó como co-representante de partes con King and Spalding en otros tres casos: Azurix Corp. v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/12), Enron v. Argentina (ICSID Case No. ARB/01/3) y Azurix Corp. v. Argentina (ICSID Case No. ARB/03/3). Y fue nominado por el bufete como árbitro.	Renunció
Stephen M Schwebel (Arbitro nominado por el inversor)	Merck v. Ecuador	El árbitro ha sido nominado repetidamente por la misma parte en la disputa o el mismo bufete. Nombramientos previos como árbitro y como testigo pericial por el abogado de la defensa de la empresa, agravados por el hecho que el árbitro no los declaró.	Recusación negada
Brigitte Stern (Arbitro nominado por el Estado)	Murphy v. Ecuador (III)	Ya ha actuado en otros casos contra un mismo Estado en relación con las medidas que llevaron a la demanda. El pedido de recusación se basa en que B Stern ya ha prejuzgado cuestiones fundamentales que constituyen el objeto mismo de estadisputa (por su participación en el caso Burlington v. Ecuador) y tiene un historial de ser nombrada por los Estados demandados.	Renunció
V.V. Veeder Horacio A. Grigera Naón Vaughan Lowe	Chevron III	La PGE argumentó que el tribunal no cumplió con sus obligaciones y no dedicó el tiempo necesario para tomar decisiones importantes dentro del proceso, entre ellas la visita al sitio solicitada por el país hace más de 3 años. Para Ecuador, hubo un patrón de conducta en sus actuaciones que favoreció a Chevron. El tribunal ha fallado al no sancionar a Chevron-Texaco por violaciones procesales, como la presentación de evidencia sin autorización y a última hora, así como la violación de su orden de no exacerbar la disputa.	Recusación Negada

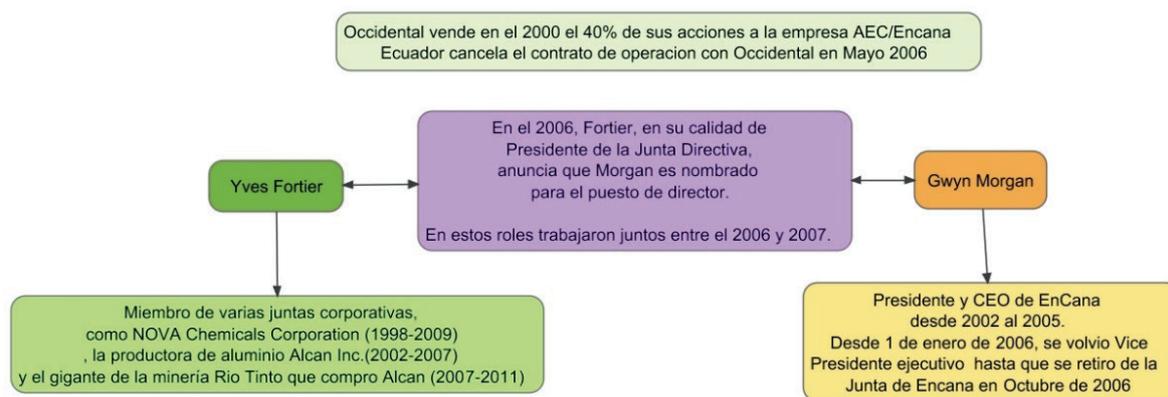
Elaboración: CAITISA.

No obstante, es posible identificar varios casos de potenciales conflictos de intereses que no desembocaron en pedidos de recusación. Esta parece haber sido la situación que se dio con el presidente del Tribunal en el caso *Oxy vs. Ecuador (II)* Yves Fortier, donde se puede deducir un posible conflicto a raíz de su rol en empresas multinacionales, a pesar de eso, no existió un pedido de recusación por parte del Estado Ecuatoriano.

El canadiense Yves Fortier, quien fue presidente del Tribunal arbitral en el caso *Oxy vs. Ecuador (II)*,

ha sido también miembro de las juntas directivas en las compañías NOVA Chemicals Corporation (1998-2009), el productor de aluminio Alcan Inc. (2002-2007) y la minera gigante Río Tinto (2007-2011), entre otros. Al igual que Kaufmann-Kohler defiende el ser parte del mundo corporativo con la siguiente afirmación: “Formar parte de la junta directiva de una empresa que cotiza en bolsa –y he participado en varias de estas juntas– me ha ayudado en mi práctica como árbitro internacional. Siempre me ha dotado de una visión sobre el mundo de los negocios que no habría podido alcanzar como abogado”.³⁹

³⁹ Ross, Alison (2010) An Interview with Yves Fortier, Global Arbitration Review, 19 de febrero, <http://www.globalarbitrationreview.com/news/article/27665/an-interview-yvesfortier>



Elaboración: CAITISA.

Sin embargo, el mantener estos roles múltiples le ha ocasionado conflictos de intereses.

Gwyn Morgan fue presidente y CEO de Encana, entre el 2002 y el 2005, y presidente ejecutivo, hasta octubre de 2006. Encana es la compañía a la que Oxy vendió el 40% de sus acciones, violando la ley ecuatoriana. Fortier y Morgan trabajaron juntos en ALCAN entre el 2006 y 2007. En el 2006, Fortier, en su calidad de presidente de la Junta Directiva, anuncia que Morgan es nombrado para el puesto de director.

Otro ejemplo a destacar es el del árbitro Horacio Grigera Naon. Se trata del árbitro con más nominaciones en los casos contra Ecuador. Ha participado en Encana, Murphy I y Chevron III (además de City Oriente y Repsol YPF), siempre nominado por el inversor. El conflicto se presenta por su aparente relación con el bufete de abogados King & Spalding. Este bufete representa al inversor en tres de los cuatro casos donde Grigera fue nominado árbitro (City Oriente, Murphy I y Chevron III). Grigera también fue nominado como árbitro por King & Spalding en el caso S&T Oil Equipment & Machinery Ltd. vs. Rumania. Estas designaciones repetitivas podrían ser causales de recusación de acuerdo con las directrices de la Asociación Internacional de Abogados⁴⁰.

Esta conexión entre Grigera Naon y el bufete King & Spalding fue denunciada por el colectivo *Frente de defensa de la Amazonia*, en una carta al Procurador General, en Febrero de 2012, en la cual denuncian que el árbitro falla a favor de los clientes de King & Spalding⁴¹. Sin embargo, esta conexión grave y evidente no fue tomada en cuenta por la Procuraduría General del Estado en la solicitud de recusación, del 24 de octubre de 2014, a todos los miembros del Tribunal del caso Chevron III, por su falta de imparcialidad.

También es importante considerar si el pedido de recusación de un árbitro en un caso puede tener repercusiones en otro caso contra la parte que intentó descalificar al árbitro. Por ejemplo, Ecuador pidió la recusación de Charles Brower en el caso Perenco y el Secretario General de la Corte Permanente de Arbitraje aceptó la recusación el 8 de diciembre de 2009. Mientras tanto, estaba en curso el caso Chevron/Texaco II, donde Brower también era el árbitro nominado por el inversor. En el 2011, el Tribunal de Chevron/Texaco emite laudo en contra del Estado y le ordena pagar USD 96'000,000. Quizás hubiera sido oportuno que el Estado también cuestionara la imparcialidad del árbitro Brower en el caso Chevron II.

Finalmente es necesario señalar que los umbrales y las reglas de recusación de árbitros en el actual sistema son extremadamente altos y rígidos, razón por la cual muchas de las consideraciones apuntadas resultan extremadamente difíciles de acreditar y tienen baja probabilidad de ser aceptadas.

Árbitros que promueven un régimen amplio de protección de inversiones

Entre los árbitros que han formado parte de los paneles arbitrales en casos contra Ecuador, hay amplios ejemplos de miembros que se posicionan a favor de un régimen amplio de protección de inversiones. Desde su lugar de figuras públicas argumentan en favor de la firma de tratados de protección de inversiones o en contra de reformas que restrinjan el contenido de las cláusulas incorporadas en los mismos. Estas posiciones han sido fundamentales para promover el sistema de arbitraje inversionista-Estado y, para presionar en favor de la preservación del status quo. Podríamos argumentar que de la misma manera que las corporaciones capturaron el sistema financiero, los abogados de inversión han

40 Regla 3.3.7: "En más de tres ocasiones dentro de los tres años anteriores el árbitro fue designado como árbitro por el mismo abogado o el mismo bufete de abogados" (pág. 25) <http://www.ibanet.org/Document/Default.aspx?DocumentUid=59C60328-61F3-4F0A-9A92-78F4F67C1C50>
41 <http://chevrontoxico.com/news-and-multimedia/2012/0223-chevrons-arbitrator-suffers-from-acute-ethical-problems>

capturado el sistema de arbitraje de inversiones. Nos referimos a este tipo de conflictos de interés, como los relacionados con el sistema mismo. Este claro sesgo pro-inversor, sin embargo, no es actualmente aceptado como causal de recusación. Pero, sin duda, despierta problemas de carácter ético que se deberían plantear, debido a los incentivos financieros que los abogados de inversión tienen en la perpetuación del régimen de inversiones.

La investigación académica, así como encuestas de empresas internacionales, sugieren que los tratados de inversión no son un factor concluyente en la decisión de los inversores de invertir en el extranjero⁴². A pesar de la amplia evidencia, algunos árbitros argumentan públicamente que la firma de tratados es una condición necesaria para atraer inversiones extranjeras. Este es, por ejemplo, el caso de Francisco Orrego Vicuña, árbitro nombrado por el inversor en el caso Burlington y presidente del Tribunal en el caso Occidental (Oxy) I. Él ha declarado, en una entrevista de 2010, que “si los países no firman TBI, no tendrán nada que ofrecer y perderán la inversión, como se ha visto en numerosas ocasiones”⁴³. Bernardo Cremades, árbitro propuesto por el Estado en el caso Noble Energy Inc. y Machala Power, y nominado por el inversor en Copper Mesa, ante la renovación del TBI España-México, señaló que el tratado era importante para aumentar la inversión extranjera directa entre los dos países; en ese contexto señaló que “México y España han firmado un nuevo tratado bilateral de inversiones con un nuevo capítulo sobre solución de controversias. El mismo refina los principios fundamentales de la protección de los inversores y del mecanismo de solución de diferencias”... “El tratado es importante para aumentar la inversión extranjera directa entre los dos países”⁴⁴.

A pesar de que la imparcialidad y la independencia de los árbitros se ha puesto crecientemente en tela de juicio⁴⁵, varios árbitros argumentan que el arbitraje de inversiones es la única opción que ofrece neutralidad en la resolución de disputas entre inversores y Estados y que, por el contrario, las cortes nacionales, no son neutrales. Esta línea de argumentación ha sido mantenida, por ejemplo, por Horacio Grigera Naon (árbitro nominado por el inversor en los casos Encana, City Oriente, Murphy, Repsol YPF y Chevron III). Grigera Naon asegura que los centros de arbitraje internacional pueden llegar a proteger mayormente la ley sustantiva local. Asimismo, asevera que, “la neutralidad de los árbitros se asegura por la independencia de las Cortes, la neutralidad cultural y la deslocalización de los centros de arbitraje, es decir que, según su opinión, no tienen influencias o injerencias en sus decisiones”⁴⁶. También, Charles Brower (árbitro en los casos Occidental I, Perenco y Chevron/Texaco II), presentó en el 2009 una defensa similar explicando: “El problema con la mayoría de los tribunales estatales es que no son –o por lo menos no se perciben como– suficientemente neutrales para resolver las controversias entre los inversionistas extranjeros y los países de acogida. En muchos países en desarrollo y en transición, no existen tribunales independientes que pueden decidir los casos de conformidad con las normas preestablecidas de la ley de manera expedita”⁴⁷.

Varios árbitros han defendido públicamente la necesidad de mantener las reglas de inversiones escritas de manera vaga/abierto a interpretación, como forma de hacer contrapeso a la posición de los Gobiernos que buscan enmendar sus Tratados para proteger su espacio regulatorio de políticas públicas. Por ejemplo, Stephen M. Schwebel (árbitro

42 Ver Mary Hallward-Driemeier (2003) Do Bilateral Investment Treaties Attract Foreign Direct Investment? Only a Bit ... and They Could Bite, World Bank Policy Research, Working Paper, p. 22.

<http://elibrary.worldbank.org/content/workingpaper/10.1596/1813-9450-3121>; Skovgaard Poulsen, Lauge N., The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence (October 1, 2010). YEARBOOK ON INTERNATIONAL INVESTMENT LAW AND POLICY 2009/2010, K. Sauvant, ed., Oxford University Press, 2010. Available at SSRN:

<http://ssrn.com/abstract=1685876>; European Commission, Survey of the Attitudes of the European Business Community to International Investment Rules, TN Sofres Consulting on behalf of European Commission DG Trade, 2000, <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/111125.htm> and <http://trade.ec.europa.eu/doclib/html/111127.htm>; J Yackee, “Do Bilateral Investment Treaties Promote Foreign Direct Investment?” 51 Virginia J Int’l Law (2010) <http://ssrn.com/abstract=1594887>; Raman, Meena. ‘BITs “Not Decisive in Attracting Investment”’, Says South Africa’. TWN Info Service on WTO and Trade Issues, 8 October 2012, <http://www.twinside.org.sg/title2/wto.info/2012/twninfo121001.htm>; Ensor, Linda. ‘Davies Moves to Defend New Investment Protection Regime’. Business Day Live, 4 November 2013. <http://www.bdlive.co.za/business/2013/11/04/davies-moves-to-defend-new-investment-protection-regime>.

43 Ross, Alison (2010) From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña, Global Arbitration Review, Volume 5 - Issue 4, 1 September, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-franciscoorrego-vicuna/>

44 Mexico and Spain sign new BIT-News - Arbitration News, Features and Reviews - Global Arbitration Review, 24 de noviembre de 2006, p. 1.

45 Van Harten, Gus (2012) Arbitrator Behaviour in Asymmetrical Adjudication: An Empirical Study of Investment Treaty Arbitration, Osgoode Hall Law Journal, Forthcoming, <http://ssrn.com/abstract=2149207>; Cecilia Olivet and Pia Eberhardt (2012) Profiting from injustice: How law firms, arbitrators and financiers are fuelling an investment arbitration boom, Corporate Europe Observatory and Transnational Institute, <http://www.tni.org/briefing/profitting-injustice>.

46 Horacio Grigera Naon (2000) “The Settlement of Investment Disputes between States and Private Parties”, The Journal of World Investment, p. 60.

47 Brower, C. & Schill, S. 2009, ‘Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?’, Chicago Journal of International Law, p. 479.

por el inversor en el caso Merck Sharpe & Dohme), ha condenado duramente los cambios en el modelo de TBI de Estados Unidos⁴⁸. Schwebel formó parte del comité asesor del Gobierno y, junto con los grupos de presión empresariales, abogó por retomar una protección más fuerte de las inversiones⁴⁹.

El árbitro chileno Francisco Orrego Vicuña (quien participó de los casos Burlington y fue el presidente del panel del caso Occidental I), cuestionó la iniciativa de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR) de establecer un centro de solución de disputas regional diciendo: “El resultado sería una especie de foro de arbitraje contra la inversión, ofreciendo una alternativa al CIADI y a otras instancias que se perciben como demasiado favorables a los inversores. No creo que sea una buena idea, puesto que una institución así se consideraría con casi total seguridad como demasiado favorable al Estado, y eso no sería satisfactorio para los inversores”.⁵⁰ Este comentario parece contener un doble estándar. A la vez que se defiende un sistema que se entiende como favorable a los inversores, se opina que un sistema que pudiera percibirse como favorable al Estado sería inaceptable.

Charles Brower ha defendido las reglas de trato justo y equitativo y expropiación indirecta, porque, según él, no limitan las capacidades de los Estados de regular en el interés público. Argumenta que “el concepto de expropiación indirecta, por tanto, deja un amplio margen de maniobra para los países de acogida para regular la inversión extranjera, siempre que dicha regulación tenga un propósito legítimo, sea no discriminatoria y mantenga un equilibrio razonable o proporcional entre la protección de la inversión de los inversores y el interés público” y, continúa “lo mismo puede decirse en lo que respecta al concepto de trato justo y equitativo. Aunque esta norma parece particularmente vaga y es ampliamente utilizada por los tribunales para condenar las acciones judiciales, administrativas y legislativas del Estado de acogida, su aplicación no es tan impredecible y caprichosa como algunos críticos argumentan”.⁵¹

Brower llegó a cuestionar el pedido de Canadá de que se realizara una declaración interpretativa de la cláusula de expropiación indirecta incluida en NAFTA. De esta manera defiende que sean los árbitros, discrecionalmente, quienes interpreten esa norma.⁵²

Sobre la recusación de árbitros y criterios para su selección

A pesar de que en dos ocasiones el pedido de Ecuador de recusación de árbitros fue aceptado (Charles N. Brower, en el caso Perenco, y Francisco Orrego Vicuña, en el caso Burlington), se constata que el umbral para descalificar a los árbitros es muy alto, aun cuando haya claros conflictos de intereses. La principal razón se encuentra en que las causas aceptadas para considerar que un árbitro no posee el suficiente nivel de independencia e imparcialidad para aprobar su recusación son demasiado limitadas, especialmente bajo las pautas del Artículo 14 del Convenio CIADI. La dificultad se incrementa aún más, cuando quien decide sobre la recusación son los propios co-árbitros no impugnados. Mientras que no existan criterios más estrictos de independencia e imparcialidad, a los que los árbitros deben adherirse, y una instancia institucional imparcial encargada de tomar la decisión, seguirá siendo muy difícil para los Estados recusar a árbitros que tienen claros conflictos de intereses.

A pesar de la evidencia de parcialidad a favor de los inversores por parte de quienes ejercen regularmente como árbitros, hay carencia de criterios y principios a partir de los cuales se pueden desarrollar estrategias de selección y recusación de árbitros. Estos criterios ayudarían al Ecuador a definir los árbitros que se deberían excluir de las nominaciones a paneles arbitrales, y cuáles recusar como integrantes propuestos por el inversor o como presidentes del Tribunal propuesto por la institución administradora del arbitraje. Los criterios que se proponen responden a tres categorías: “conflicto de intereses”, “conflicto de cuestiones” y “conflictos sistémicos”.

- a. Los “conflictos de intereses” se refieren a la falta de imparcialidad del árbitro, por sus relaciones con las partes en la disputa y/o por tener intereses económicos en el resultado de la disputa. Ejemplos de este tipo de conflicto incluyen: si el árbitro es o ha sido el representante legal o asesor de una de las partes; si el árbitro tiene un vínculo familiar estrecho con una de las partes; si el árbitro es accionista de una de las partes; si existe un vínculo de amistad personal estrecho entre el árbitro y el abogado de una de las partes; si el bufete al que pertenece el árbitro ha tenido o tiene una relación sustancial con alguna de las partes en la disputa; si el árbitro ha sido nominado repetidamente por

48 Schwebel, Stephen M. (2009) A critical assessment of the US model BIT, Keynote Address at Twelfth ITF Public Conference, Londres, 15 de mayo, http://www.biiic.org/files/4253_schwebelbiiic15may2009speech_cor2.pdf

49 U.S. Department of State (2009) Report of the Subcommittee on Investment of the Advisory Committee on International Economic Policy Regarding the Model Bilateral Investment Treaty: Annexes, <http://www.state.gov/e/eb/rls/othr/2009/131118.htm>

50 Ross, Alison (2010). From ICCA to the icecaps: an interview with Francisco Orrego Vicuña, *Global Arbitration Review*, Volume 5 – Issue 4, 1 de septiembre, <http://www.globalarbitrationreview.com/journal/article/28666/from-icca-icecaps-interview-francisco-orregovicuna/>

51 Brower, C. & Schill, S. 2009, ‘Is Arbitration a Threat or a Boon to the Legitimacy of International Investment Law?’, *Chicago Journal of International Law*, p. 487.

52 Brower, C., ‘Who Then Should Judge?: Developing the International Rule of Law under NAFTA Chapter 11, 2 *Chi. J. Int’l L.* 193, 2001, p. 200.

la misma parte en la disputa o el mismo bufete, entre otros.

- b. El “conflicto de cuestiones” se refieren a los casos donde la imparcialidad del árbitro se cuestiona cuando el mismo ha tomado una posición definida frente a un problema jurídico, más de una vez y en forma previa respecto de una o más de las cuestiones que vayan a discutirse en cualquier nuevo caso. Ejemplos de este tipo de conflicto incluyen casos donde el árbitro ha expresado públicamente opiniones adversas a una de las partes, si el árbitro ha expresado opiniones adversas a los argumentos que presenta una de las partes o si el árbitro ha actuado en otras disputas relacionadas con los mismos hechos, en base a los mismos argumentos. Se busca evitar lo que en otros sistemas jurídicos se entiende como “prejuzgamiento”.

Una posible lista de criterios para establecer si los árbitros deberían ser excluidos por motivo de “**conflicto de intereses**” y/o “**conflicto de cuestiones**” se desprende de la guía (de carácter voluntario) sobre conflictos de intereses en el arbitraje internacional,⁵³ preparada por el Colegio de Abogados Internacional (IBA, por sus siglas en inglés). Si bien la mayoría de estos criterios no han sido aceptados por paneles arbitrales como justificación para la recusación de árbitros, igual vale la pena considerar la lista de criterios allí establecidos como guía para determinar qué árbitros deberían intentar vetar el Estado ecuatoriano en el proceso de selección (ver anexo 4 del informe).

- c. Finalmente, en los “conflictos sistémicos”, la imparcialidad del árbitro se cuestiona no por su participación en un caso específico, sino por otras posiciones o roles que puedan indicar que mantienen un sesgo pro-inversor y/o defiendan y promocionen el sistema de arbitraje de inversiones tradicional.

Entre estos criterios encontramos los siguientes:

- Si el árbitro argumenta que la firma de tratados de protección de inversiones es una condición necesaria para que los Estados atraigan inversión extranjera.
- Si el árbitro sostiene que el arbitraje de inversiones es la única opción que ofrece neutralidad en la resolución de disputas y/o niega que existen deficiencias en sus reglas.
- Si el árbitro defiende públicamente/hace *lobby* para que los países mantengan reglas de protección de inversiones escritas de manera vaga/abierta a interpretación.
- Árbitros que critican medidas tomadas por los Gobiernos para salir del sistema de protección de inversiones o restringir su aplicación (por

ejemplo críticas a la denuncia de TBI, denuncia de la Convención de Washington, terminación de tratados intra-EU, etc.)

- Árbitros que hacen sistemáticamente una interpretación expansiva (proinversor) de las normas.
- Árbitros que hacen abuso de poder mediante tecnicismos/interpretaciones de mala fe y/o manifiestamente arbitrarias (por ejemplo, en el caso Metalclad cuando los árbitros se pronunciaron sobre las competencias de los órganos internos e interpretaron la constitución).
- Cuando los árbitros fijan, con su interpretación, nuevas obligaciones que los Estados no habían considerado.
- Cuando los árbitros forman parte de juntas directivas de empresas.
- Cuando los árbitros hacen *lobby* en nombre de empresas para lograr mejoras en las leyes de protección de inversiones o cuando asesoran a empresas sobre cómo hacer mejor uso de los tratados de protección de inversiones (por ejemplo reestructurando las inversiones para poder hacer *treaty-shopping*).
- Árbitros que repetidamente disienten cuando los laudos son a favor del Estado.
- Árbitros que ejerzan otros cargos remunerados en el mismo ámbito del arbitraje de inversiones (especialmente como representantes de inversores o haciendo *lobby* para empresas).
- Árbitros que principalmente han sido formados y han ejercido en el área de Derecho comercial.
- Árbitros que son regularmente nominados por los inversores.

Una vez definida esta lista de criterios sobre “conflictos de intereses”, “conflicto de cuestiones”, y “conflictos sistémicos”, se puede empezar a contrastar los mismos con las características de cada uno de los posibles árbitros a nominar por el Estado y/o nominado por el inversor o como Presidente del Tribunal. Eventualmente, esta lista de criterios permitiría establecer una lista de nombres de árbitros con un sesgo proinversor que el Estado debería evitar seleccionar o intentar recusar.

Además de los criterios negativos sobre los árbitros, también se pueden identificar ciertos “criterios positivos” que los árbitros nominados por el Estado deberían poseer, por ejemplo:

- Que tengan experiencia y conocimiento profundo del Derecho Internacional Público.
- Que defiendan que los árbitros no puedan a su vez ejercer como representante de partes.

⁵³ IBA Guidelines on Conflicts of Interest in International Arbitration (2004) and on Party Representation in International Arbitration (2013), http://www.ibanet.org/Publications/publications_IBA_guides_and_free_materials.aspx#conflictsofinterest

- Que tengan un historial de interpretación de las normas de protección de inversiones de manera restrictiva y ajustada a lo que se conoce fue la intención de los Estados cuando la firma del Tratado.
- Que tomen en cuenta los derechos sociales, económicos y humanos y el interés público en el análisis de las políticas de Gobierno que condujeron al caso.
- Que tengan en consideración la actuación de las empresas en el territorio del Estado demandado, (por ejemplo si las mismas han cometido violaciones sociales o medioambientales, si han contribuido o no al desarrollo nacional, si han cometido actos de corrupción, etc.).

Sobre la impunidad civil y penal que tienen los árbitros

Los miembros de Tribunales de Arbitraje internacional, a lo largo de la historia, han gozado de un estatus de inmunidad especial, que los blindó durante el desempeño de sus funciones de cualquier reclamación futura de alguna de las partes sometidas a su arbitraje. Esta impunidad de la que goza este selecto grupo de árbitros les ha permitido la adopción de cualquier decisión, dejándolos exentos de la responsabilidad jurídica frente a las consecuencias de sus actos. Esto se vuelve inaceptable cuando se toma en cuenta que los árbitros pueden comprometer la política y la economía de un Estado con condenas por miles de millones de sus fondos públicos.

Bufetes de abogados que intervinieron en los procesos contra Ecuador. Nacionalidades, especializaciones, representaciones. Los bufetes ecuatorianos

Los bufetes de abogados que participaron en los casos contra Ecuador

Un total de 30 bufetes de abogados han actuado en los 26 casos Inversor-Estado en base a TBI contra Ecuador. De estos bufetes, 21 han sido contratados por los inversores y 9 por el Estado para ejercer su representación.

De los 30 bufetes que participaron en los casos, 23 (77%) eran internacionales y 7 ecuatorianos. De los bufetes internacionales, la gran mayoría (15) tiene su sede principal en los Estados Unidos, y el resto en Canadá (4), Gran Bretaña (2), Suiza (1) y Bolivia (1). La mayoría de estos bufetes forman parte de lo que se puede considerar internacionales, especializados en arbitraje internacional y lideran el mercado del arbitraje internacional de inversiones.

Datos de la OCDE sostienen que estas firmas pueden cobrar hasta USD 1.000 la hora de trabajo por abogado,⁵⁴ y siempre es un equipo el que se hace cargo de cada caso. Las facturas que pasan los bufetes por la representación, generalmente rondan entre los USD 3 a 5 millones.

Las contrapartes de estos estudios extranjeros, en el Ecuador, son firmas que tienen una larga trayectoria, y que han ido conformando áreas internas de trabajo, especializadas en el arbitraje internacional. Se trata de firmas grandes que dominan el mercado legal en Ecuador, como Pérez Bustamante & Ponce y Bustamante & Bustamante, las cuales se han dedicado a asesorar empresas de energía contra las medidas gubernamentales ecuatorianas que afectan sus intereses. Asimismo, varias de estas firmas cuentan entre sus asociados con reconocidos árbitros internacionales, como Javier Robalino y Bruce Horowitz (de Paz Horowitz Robalino Garcés), Alejandro Ponce Martínez (de Quevedo y Ponce) y César Coronel Jones (de Coronel y Pérez Abogados).

Bufetes representantes del Estado

El gobierno de Ecuador, como la mayoría de los gobiernos de países del Sur, contrata a bufetes de abogados externos para llevar adelante la defensa en los casos inversor-Estado.

Hasta el año 2007, la Procuraduría General del Estado (PGE) delegaba completamente los casos a los bufetes internacionales, sin concurso alguno, simplemente por invitación. Este fue el caso, por ejemplo, cuando se seleccionó al bufete Winston & Strawn para el caso Chevron I en el 2004. La firma también defendió al Estado luego, en los casos Chevron II, Chevron III y Murphy I.

54 OECD (2012). Scoping paper for Investor-State Dispute Settlement. Public Consultation: 16 de mayo-23 de julio, 2012: 19.

Bufete de abogados representante del inversor		Casos	Bufete de abogado representante del Estado		Casos
King & Spalding (Estados Unidos)*	6	Noble Energy-Machala Chevron (II) y Chevron (III); Murphy (I), Murphy (II); Murphy (III)	Foley & Hoag (Estados Unidos)*	6	Oxy (II); Murphy (I); Murphy (III); Zamora Gold; Merck Sharpe & Dohme; RSM
Pérez Bustamante & Ponce Abogados (Ecuador)*	5	Murphy (I); Murphy (II); Noble Energy y Machala; Perenco; Quiport	Dechert LLP (Estados Unidos)*	5	Oxy (II); Perenco; Burlington; GLOBALNET - Únete Telecomunicaciones; RSM Production Corporation
Debevoise & Plimpton LLP (Estados Unidos) *	2	Oxy (II); Perenco	Cabezas & Wray Abogados (Ecuador)	4	M.C.I. Power Group; Duke Energy; Emelec; Oxy (II)
Freshfields Bruckhaus Deringer (Gran Bretaña)*	2	Burlington; GLOBALNET -Únete Telecomunicaciones	Winston & Strawn (Estados Unidos)*	3	Chevron (II); Chevron (III); Murphy (I)
Covington & Burling (Estados Unidos)*	2	Oxy (II); Perenco	Weil Gotshal & Manges (Estados Unidos)*	2	Oxy (I); Encana
Paz Horowitz Robalino Garcés (Ecuador)	2	Burlington; Ulysseas	Squire, Sanders & Dempsey (Estados Unidos)	1	Oxy (II)
Quevedo & Ponce (Ecuador)	1	Chevron (II)	Baker Botts (Gran Bretaña)*	1	Ulysseas
Appleton & Associates International (Canadá)*	1	M.C.I. Power	Fabara & Compañía (Ecuador)	1	Noble Energy y Machala
Borden Ladner Gervais LLP (Canadá)	1	Zamora Gold	Lalive (Suiza)*	1	Copper Mesa
Coronel y Pérez Abogados (Ecuador)	1	Duke Energy			
Crowell & Moring (Estados Unidos)	1	Duke Energy			
Fulbright & Jaworski (Estados Unidos)*	1	Duke Energy			
Jones Day (Estados Unidos)*	1	Chevron (III)			
McCarthy Tétrault (Canadá)	1	Encana			
McMillan LLP (Canadá)*	1	Copper Mesa			
Moreno Baldvieso (Bolivia)*	1	GLOBALNET -Únete Telecomunicaciones			
Provost Umphrey LLP (Estados Unidos)	1	Emelec			
Vinson & Elkins (Estados Unidos)*	1	Ulysseas			
Wilmer Hale (Gran Bretaña)*	1	Merck Sharp & Dohme			
Astigarraga Davis (Estados Unidos)*	1	M.C.I. Power			
Bustamante y Bustamante (Ecuador)	1	Encana			

Elaboración: CAITISA.

Algunas características salientes de los bufetes contratados por el Estado:

- Buscan activamente nuevos casos que puedan devenir en demandas en los tribunales internacionales sobre inversiones: por ejemplo Latham & Watkins, estudio cuyos abogados fueron incorporados al equipo de Cabezas y Wray en los Casos Duke Energy, Emelec y M.C.I. Power, provee asesoramiento a empresas del área servicios y energía, tras la llamada “Primavera Árabe”, de los países del norte africano.
- No sólo defienden a los Estados, sino que también representan a los inversores: Dechert y Latham & Watkins, por ejemplo, han representado también a empresas como France Télécom, Total, Green Dragon Gas y Daimler Financial Services.
- Se han especializado en América Latina. Representan a países-Ecuador incluido- y también a las empresas contra otros estados

latinoamericanos. Por ejemplo, Dechert, que representa al Estado en cinco casos bajo el Convenio CIADI, ha asesorado a *holdouts* como el *hedge fund* NML Capital de EEUU para lograr el pago de la deuda por parte de Argentina. Otro de los bufetes del Estado, Weil Gotshal & Manges, logró en 2012 que se removiera a Argentina del Sistema General de Preferencias de los EEUU por el supuesto no pago de un laudo CIADI.

Sobre los bufetes y abogados ecuatorianos

Algunos abogados y bufetes ecuatorianos han jugado un rol promotor del arbitraje de inversiones. La firma Coronel y Pérez, por ejemplo, solicitó en el año 2000, mediante una carta al entonces Ministro de Relaciones Exteriores Heinz Moeller Freire, que Ecuador ratificara el Convenio del CIADI, que había sido firmado en 1985, pero no ratificado por la Asamblea Nacional. Dicha carta estaba firmada por César Coronel Jones, cuya firma de abogados

representaría, en el año 2004, a la empresa Duke Energy, la cual acudió al CIADI por desacuerdos respecto de los contratos de compra de energía.

El Dr. Edgar Terán fue quien suscribió, en representación de Ecuador, el Convenio CIADI en 1986; asimismo, como ya se mencionó, fue embajador en Estados Unidos cuando se presionó por la firma de su TBI. Años después, en el 2002, su estudio jurídico Terán & Terán fue contratado por IBM, para representarlo en su demanda contra Ecuador ante el CIADI.

Perjuicio económico de los casos y su incidencia en el Presupuesto del Estado

El Estado Ecuatoriano ha sido demandado por un total de **USD 21.223'947.079**, en términos de compensación, por la supuesta violación de los TBI que brindan protección a los inversores extranjeros.

Hasta el momento, ha pagado **USD \$ 1.342'115.969** en función de laudos negativos o por acuerdo de partes (a las empresas IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevrón), descontando el pago ordenado a favor del Estado en el caso Ulyseas.

Por laudos también condenatorios, pero que se encuentran bajo pedido de anulación por parte del Estado ecuatoriano, se ha determinado el pago de **USD \$377'415.988** (casos Brulingthon, Murphy III y Cooper Mesa).

Aparte de esas sumas, Ecuador ha debido asumir los siguientes gastos en el periodo 2003-2013 para afrontar las 24 demandas generadas por aparente violación de los TBI:

– Honorarios del Tribunal y costos del procedimiento	USD \$11'581.137
– Honorarios y gastos de bufetes representantes del Estado	USD \$144'348.280
Total	USD \$155'929.417

Entre pagos ya realizados por laudos con base en TBI, honorarios y costos arbitrales y pagos a bufetes por concepto de gastos de la defensa, la suma desembolsada por el Estado ecuatoriano asciende a **USD \$1.498'045.386** monto que equivale al 5,8% del PGE de 2017.

Cuantías pendientes

Adicionalmente, de los casos que están actualmente abiertos y sin que el Tribunal emitiera laudo final, el monto de las demandas suma **USD \$ 11.188'966.571** (casos Chevron III, Merk Sharp & Dome, Perenco,

GLP y Albacora). Si bien los montos pueden considerarse especulativos –ya que el hecho de que el inversor demande por determinada cantidad no significa que el Estado vaya a tener que pagar ese monto (ya sea porque el laudo es contrario al inversor o porque el Tribunal determina una indemnización mucho menor)–, pueden crear incertidumbre en el Presupuesto Nacional y en la programación de las inversiones públicas para sostener el proceso de desarrollo hacia el Buen Vivir.

En suma, habría una amenaza de pagos por cuantías determinadas que asciende a **USD \$13.409'667.571**. (Si se añade los laudos negativos bajo impugnación por parte de Ecuador: casos Burlingthon, Cooper Mesa y Murphy III). Valor que se acerca al 52% del Presupuesto General del Estado de 2017.

Contratos de Estado

Una de las formas de ingreso de la inversión extranjera en los territorios nacionales es la conclusión de contratos entre inversionistas y Estados, sobre todo en los campos de los servicios y de la explotación de los recursos naturales como el petróleo, gas, agua, entre otros.

Este contrato se define como el celebrado entre el Estado, o una entidad estatal, por el que se otorga el control de una actividad económica a un nacional extranjero o una persona jurídica de nacionalidad extranjera (inversionista)⁵⁵. Este tipo de contrato no necesariamente está ligado con un acuerdo internacional específico sobre inversiones, y puede ser concluido en forma autónoma, inclusive, con un inversionista nacional de un Estado no parte de un tratado sobre inversiones.

Estos contratos en materia de inversión contienen a menudo reglas que reflejan los mismos estándares de protección de las inversiones que los TBI, incluyendo la transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales. Es así que estos contratos deben considerarse una pieza clave en el régimen de protección de inversiones internacional.

El artículo 422 de la Constitución ecuatoriana prohíbe la sesión de jurisdicción del Estado a instancias de arbitraje internacional en el caso de Tratados internacionales. Sin embargo, su interpretación es ambigua respecto de la aplicación de esta restricción a los contratos de inversión. Existen tres posibles interpretaciones jurídicas de la norma:

- *Equiparación*: Los contratos de Estado en materia de inversiones son “instrumentos internacionales”. En consecuencia, la prohibición del Artículo

⁵⁵ Entendemos por Contrato de Estado, un contrato celebrado entre el Estado, o una entidad o una institución u órgano del Estado, y un nacional extranjero o una persona jurídica de nacionalidad extranjera. Una de las más habituales formas de Contratos de Estado consiste en el contrato de explotación de recursos naturales, a veces denominado “contrato de concesión”. Cf. UNCTAD- *Contratos de Estado*, Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión, Ginebra, 2004.

422, primer párrafo, alcanza expresamente por igual a TBI y contratos de inversión.

- *Separación Excluyente*: Los contratos de inversión no son “instrumentos internacionales”. La prohibición del Artículo 422 alcanza sólo a los Tratados. Nada dispone respecto de los contratos de inversión. En consecuencia, la cesión de jurisdicción soberana por vía contractual no es inconstitucional.
- *Separación Incluyente*: Los contratos de inversión no son “instrumentos internacionales”. La prohibición del Artículo 422 alcanza a los Tratados y, *a fortiori*, a los contratos. Los contratos de inversión no están exceptuados de la prohibición constitucional, y esa excepción no puede presumirse, a la luz de una consideración integral del articulado de la Constitución.

La práctica jurídica ecuatoriana parece aceptar que la Constitución no prohíbe la transferencia de competencia a tribunales arbitrales extranjeros por vía de contratos. Ello puede apreciarse en la cuantiosa celebración de contratos de inversión que incluyen una transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales para la resolución de eventuales controversias. Una consecuencia de esta práctica es que la denuncia de los TBI, o la exclusión de la cláusula de solución de disputas inversor-Estado en los tratados internacionales, pueda surtir efectos más limitados que los pretendidos con ella.

La relación entre los Contratos y la actual regulación interna, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión (COPCI).

Los contratos de inversiones que negocia y firma el Estado están regidos por las regulaciones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión (COPCI). Esta regulación interna ofrece a los inversores una protección similar que la incorporada en los TBI, a saber: trato no arbitrario ni discriminatorio, protección y seguridades plenas, derecho de propiedad, y prohibición de la expropiación ilegítima. También autoriza explícitamente pactar en los contratos de Estado cláusulas de arbitraje internacional para la solución de disputas con los inversionistas extranjeros.

A pesar que el COPCI incluye amplios derechos para los inversores, salvaguarda el espacio regulatorio del Estado en mayor medida que los TBI. Por ejemplo, excluye el derecho a reclamos por alegada expropiación indirecta, la cláusula de nación más favorecida, e indica que las cuestiones tributarias no serán objeto de arbitraje internacional. También, prevé la posibilidad de dar a ciertos inversores, en áreas consideradas estratégicas, un trato diferenciado e incentivos. Pero el punto de mayor diferencia e innovación del COPCI respecto de los TBI es la inclusión de obligaciones del inversor, como

el cumplimiento de las leyes nacionales vigentes en materia de derechos laborales, ambientales, tributarios y de seguridad social. Y, como complemento a las obligaciones, una serie de sanciones correspondientes en caso que el inversor las viole. Otra restricción clave que introduce el COPCI, respecto de los TBI, es la obligación de que los inversores agoten la vía administrativa nacional y se otorgue un período de 6 meses para mediación antes de poder recurrir al arbitraje internacional.

Los contratos de inversión tienen el potencial de convertirse en una oportunidad para el Estado si se los concibe como una recomposición del balance de los derechos y obligaciones entre el Estado y los inversores, y como una vía de entrada hacia el rediseño del sistema de resolución de controversias relativas a las inversiones. El COPCI ha dado algunos pasos en esta dirección pero podría ir mucho más allá. Con el objetivo de recuperar el espacio regulatorio por la vía contractual, el Estado ecuatoriano podría incluir en toda nueva negociación o renegociación de contrato de Estado con inversores extranjeros:

- Restricciones de derechos y mayores obligaciones para los inversores, como por ejemplo cláusulas de desempeño;
- Exigencias de compra de insumos a proveedores nacionales con la importación de productos del inversionista;
- Exigencias de participación de nacionales en la dirección de la empresa inversora y participación de capitales locales bajo diversas modalidades en las sociedades o corporaciones inversora; y
- Exigencias de transferencia de tecnología.
- Una cláusula que derogue la cláusula sobre solución de disputas inversor-Estado contenida en el TBI relevante, y donde el inversor se atenga al mecanismo de solución de disputas incorporado y minuciosamente desarrollado en el contrato. Esta cláusula puede establecer que las peleas se resuelvan en jurisdicción nacional, o incorporar un régimen autónomo de resolución de controversias exhaustivo, incluyendo disposiciones sobre los requisitos para el consentimiento del Estado y todos los aspectos procesales de la controversia, incluida la selección de árbitros y la organización del procedimiento.

C. LA INVERSIÓN EXTRANJERA Y EL DESARROLLO NACIONAL ECUATORIANO

Desde el punto de vista macroeconómico la Comisión ha evaluado tres elementos: 1) si los TBI han sido determinantes para atraer inversión extranjera y, en general, si hay una relación causal entre la firma de TBI y el aumento de flujos de inversión; 2) si la inversión extranjera que ha llegado a Ecuador ha colaborado para lograr los objetivos económicos y sociales que mandata la Constitución y se concretan en el Plan Nacional para el Buen Vivir, y 3) si los resultados de la inversión extranjera en la economía ecuatoriana tienen relación o no con las reglas fijadas por los TBI.

La investigación aborda tanto el análisis de los flujos de inversión y su relación con la firma de TBI, como el análisis de los efectos macroeconómicos de la inversión extranjera que llegó a Ecuador. Colateralmente, se establecieron las limitaciones del sistema estadístico del país (algunas de ellas derivadas de las orientaciones técnicas internacionales) y se realizaron recomendaciones para su mejora.

Análisis de los flujos de inversión

En el Plan Nacional para el Buen Vivir 2013-2017, y en la propia Constitución de 2008, se plantea que la IED debe ser complementaria. Así ocurre en términos cuantitativos de flujos, ya que es marginal, bastante menos que la inversión pública y, por supuesto, que la privada nacional. Sin embargo, como se explica más adelante, con el tiempo se ha convertido en dominante en cuanto al porcentaje de activos totales que posee, de sus activos en maquinaria y equipo y, sobre todo, en sus activos intangibles (como propiedad intelectual y concesiones de explotación de recursos). Se ha convertido en dominante en cuanto a su aporte en el Valor Agregado y en las ventas en el mercado interno y ha crecido, sin ser aún dominante, en las exportaciones.

Los resultados de esta evaluación nos permiten confirmar, para el caso de Ecuador, lo que han planteado la UNTAD y la CEPAL, en sus últimos informes: 1) no se cumplieron las expectativas que se tenían en los años 90 cuando se firmaron los TBI, 2) dichos tratados no fueron determinantes para atraer

de forma continuada IED, 3) han sido una limitante para orientar la inversión según los planes de desarrollo de cada país.

La IED que llega a Ecuador es reducida

- Los montos de IED que llegan a Ecuador son pequeños respecto de la economía ecuatoriana. En promedio, sólo el 1,11% del PIB durante el período 2000-2013.⁵⁶ También, respecto a la Formación Bruta de Capital Fijo, es menos del 3% (2008-2013).⁵⁷
- Ecuador, con más TBI que muchos países de la región, recibe solo 0,79% de la IED que llega del mundo a América Latina y el Caribe, siendo el número 29 de 32 países de América Latina y el Caribe de los que la CEPAL ofrece información comparable.⁵⁸
- La composición de la IED que llega a Ecuador indica que la mitad se debe a reinversión de utilidades. Es positivo que haya una fuerte reinversión, pero en el fondo son recursos generados en el propio país.

Inversión extranjera directa, 2002-2013
Millones de dólares

	2002-2013	Composición
Ecuatorianos en el extranjero		no se registra
En el país	6.937,4	100,00%
Acciones y otras participaciones de capital	2.612,1	37,65%
Utilidades reinvertidas	3.514,2	50,66%
Otro capital: Créditos de empresas relas.	811,1	11,69%

- Además, el porcentaje de reinversión respecto a las utilidades apropiadas por los accionistas bajó aceleradamente entre 2003 y 2013. Las grandes empresas con IED reinvirtieron, en 2013, sólo el 1,3% de sus utilidades, cuando en 2003 invirtieron el 5,5%. Fue muy importante la reinversión de utilidades en los primeros años del nuevo milenio, especialmente de las medianas empresas con IED que están asociadas con empresas nacionales: en 2003, reinvirtieron el 28% de sus utilidades, pero para 2013 solo un 1,3%.⁵⁹

56 CEPAL base de datos CEPALSTAT. Estadísticas e Indicadores Económicos/Sector externo.

57 Cálculo de SENPLADES.

58 CEPAL base de datos CEPALSTAT. Estadísticas e Indicadores Económicos/Sector externo/Inversión extranjera directa neta.

59 Cálculo de la Consultora Económica- Centro de Investigación Cuantitativa (en adelante Equipo Consultor) en base a información del Servicio de Rentas Internas (SRI), Formularios 101 años 2003, 2007 y 2013 (SRI); Anexo de accionistas 2013 (SRI); Información de participación de

- Por dificultades en la legislación, que no obliga a los inversionistas nacionales a registrar la IED que realizan fuera del país, no hay estadísticas ecuatorianas sobre ello. No obstante, a partir de datos de la OCDE se ha comprobado que: en República Checa se reportaron datos de una empresa de origen ecuatoriano entre 2008-2011; en España se reportaron otros datos de una empresa bajo control ecuatoriano en 2008, y el país miembro de la OCDE con mayor presencia de empresas bajo dominio ecuatoriano es Estados Unidos, con tres o cuatro empresas anuales.⁶⁰ Esto indica que la IED neta es aún menor que la registrada.
- Según datos oficiales, el balance de entrada y salida de inversión extranjera es deficitario. La inversión en cartera (es decir, en bonos públicos o privados o en compra de acciones de empresas sólo con fines de ganancia financiera) ha significado una salida de capitales (menos USD 11.635 millones),⁶¹ mayor que su entrada por inversión extranjera directa: 7.425⁶² millones. El balance financiero negativo de la inversión extranjera es aún más dramático si consideramos los montos pagados por demandas en el marco de los TBI: gastos de abogados y demandas en contra ya pagados, que ascienden a USD \$330.8 millones y una deuda por laudos condenatorios por USD \$2.632 millones que aún no se pagan.⁶³

La IED no es determinante en el crecimiento económico de Ecuador

- La economía ecuatoriana crece significativamente más que el promedio de América Latina y el Caribe (4,5% en promedio entre 2001 y 2013⁶⁴) y en ello no ha sido determinante la IED, como se constata en la gráfica siguiente, muestra un peso decreciente como porcentaje del PIB tanto si consideramos los flujos anuales como si vemos los stocks acumulados cada año. Esto se debe a que el PIB está creciendo muy por arriba del crecimiento de la IED.
- Otro indicador que confirma que la IED no es determinante en el crecimiento que ha tenido Ecuador es su, relativamente, baja participación en la Formación Bruta de Capital (FDK).
- Ambos indicadores muestran que entre los motores del crecimiento económico la IED no es muy significativa.

Los TBI no han sido determinantes en la atracción de IED.⁶⁵

En Ecuador no se ha encontrado una relación directa entre inversiones de países con los que se tiene TBI y su participación en el monto de IED que llega a Ecuador.

- Sólo el 40% proviene de países que han suscrito TBI con Ecuador, el 60% tiene origen en países con los cuales no se ha suscrito TBI o son paraísos fiscales.
- Los dos países que más invierten en Ecuador no tienen TBI con el país: México y Brasil, el tercero y el cuarto lugar lo ocupan paraísos fiscales.
- De los 7 grandes inversores externos en Ecuador, sólo el 23% del monto total viene de países con TBI.
- En el contexto latinoamericano, el contraste entre Brasil y México confirma lo anotado. Brasil, sin ningún TBI ni TLC, mantiene desde 1990 flujos de IED, en porcentaje de su PIB, en niveles superiores a los de muchos países que cuentan con TBI vigentes; México, uno de los países con más TLC y/o TBI, es desplazado por Brasil como el primer receptor de IED en América Latina y el Caribe.

La CEPAL y la UNCTAD confirman este análisis, y concluyen que los factores de atracción más importantes de IED que determinan al país destino de sus inversiones, varía según el interés primordial del inversionista.⁶⁶

Para algunos inversionistas es la búsqueda de recursos naturales. Es el caso de la zona Andina y, dentro de ella, Ecuador. El sector de la economía ecuatoriana con el mayor porcentaje del flujo de inversión es el de canteras, minas y petróleo; entre 2000 y 2013 fue de 32,73%⁶⁷. Este tipo de IED está fuertemente determinada por el alza o baja de los precios de dichos recursos naturales. La rentabilidad sobre activos de las 500 mayores empresas que invierten en el sector minero en América Latina y el Caribe, en 2010, fue del 25% frente al 11% de bebidas y tabaco que ocupa el segundo lugar en rentabilidad⁶⁸. Este factor ha sido determinante para atraer la IED al sector extractivo.

Otros inversionistas buscan mercados. El mercado interno de Ecuador ha ido creciendo al mejorar

accionistas extranjeros en empresas ecuatorianas: 2003, 2007 y septiembre 2014 (Superintendencia de Compañías).

60 Base de datos de actividades de las empresas multinacionales AMNE (Activity of Multinational Enterprise por sus siglas en inglés) de la OCDE.

61 Banco Central de Ecuador, Balanza de Pagos BOLETIN ANUARIO # 33 de 2011 y # 36 de 2014.

62 Banco Central de Ecuador: Balanza de Pagos.

63 Cálculo CAITISA en base a información oficial.

64 Cálculo en base a Banco Central; Retropolación 1963 - 2007, Boletín Anuario N° 36 y Boletín N° 1953 de noviembre 2014

65 Toda la información de este apartado es un cálculo propio, en base a la Información de la balanza de pagos del Banco Central de Ecuador. Solo agupamos los países por su condición de tener o no TBI con Ecuador, separando, para evitar distorsiones, los países de origen que son paraísos fiscales, aunque con ninguno de ellos Ecuador a Firmado TBI.

66 CEPAL (2012) La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2011. Edición citada, pág. 114-116.

67 Cálculo propio en base a información del Banco Central de Ecuador.

68 CEPAL tomado de América economía, diciembre de 2011 <http://www.americaeconomia.com/>

el poder de compra de la población, y ello atrae una inversión que busca mercado. De hecho, se ha visto que las empresas con IED han aumentado su participación de ventas en el mercado ecuatoriano.

Otros inversionistas buscan preferencia, ventajas sistémicas (particularmente por sinergias tecnológicas entre empresas extranjeras interesadas en un país), y el aporte de ciencia y tecnología propia del país receptor. El gobierno de Ecuador está haciendo esfuerzos por atraer este tipo de inversionistas, aunque aún es muy pequeño el monto de IED ingresado por esta razón.

Para la CEPAL, un factor clave en la atracción de IED en la década de los 90 fue las privatizaciones que explican, en buena parte, el aumento de flujos de IED. Ello coincide con el período de firma de TBI, pero no necesariamente implica una relación causal entre TBI y aumento de la IED.

Es posible agregar otros factores de atracción, reconocidos por organismos internacionales: a) la existencia de infraestructura, rubro que ha tenido importantes avances en Ecuador; b) estabilidad económica y política y seguridad pública, aspectos en los que Ecuador tiene mejores resultados que otros países del continente.

En consecuencia, la política pública para atraer IED puede ser más efectiva para atraer IED que la existencia o no de TBI.

La seguridad jurídica es importante para que llegue la IED, para ello sólo se requieren reglas claras, estables y que se cumplan, no derechos o privilegios especiales como son los TBI. Pero, el factor más poderoso para atraer inversiones es la percepción de una economía exitosa.

La IED de los países latinoamericanos como inversores en Ecuador (66% del total⁶⁹) muestra la importancia de esfuerzos del Cono Sur del continente por avanzar en la integración.

De esta IED regional que llega a Ecuador, sólo el 15% procede de países con TBI suscrito.

Ecuador ha tomado iniciativas frente a la operación desleal de los paraísos fiscales

Ecuador se ha negado a firmar TBI con los países que cataloga como paraísos fiscales, y descarta incentivos tributarios para inversiones que provengan de ellos; sin embargo, sigue siendo muy importante la IED cuyo origen son tales países (22% del total).⁷⁰

Hay importantes salidas de inversiones.

Entre 2000 y 2013 el balance de entrada y salida de inversiones de cartera fue negativo en USD 11.635 millones⁷¹. Ello significa que salió por este concepto más que lo que entró de IED (USD 7.500 millones). Los datos indican que no ha bastado el impuesto a la salida de divisas para evitarlos.

Aunque, en lo que IED respecta el balance es positivo, existe una importante salida de recursos por reembolso de los créditos entre empresas relacionadas. Las matrices de empresas extranjeras que invierten en Ecuador, han preferido hacerlo bajo la modalidad de crédito entre empresas relacionadas, lo que permite remesar recursos sin pagar el impuesto de salida de divisas y reducir pagos del Impuesto a la Renta sobre utilidades.

Como hemos indicado, la reinversión de las utilidades es cada vez menor.

El sector extractivo ha disminuido un poco como sector privilegiado de la IED, pero sigue siendo el principal destino con un tercio de la inversión total.

Aumenta el porcentaje de la IED que llega al sector manufacturero, pero la falta de información desglosada por ramas no permitió un análisis más a fondo sobre su incidencia en la modernización y su aporte al cambio de matriz productiva.

La IED es muy importante en el comercio, y las empresas con IED dominan amplios segmentos tanto del mercado interno como de las exportaciones.

En el sector de telecomunicaciones, el principal flujo de IED proviene de México, pero hay que contrastar con una fuerte desinversión de Estados Unidos. Se trata de un sector de alta tecnología, pero no se pudo hacer un análisis a fondo de si ha implicado o no transferencia tecnológica, aunque ciertamente incide en la competitividad sistémica del país.

69 Cálculo propio basada en la información de IED de la Balanza de Pagos proporcionada por el Banco Central de Ecuador.

70 *Ibidem*.

71 Banco Central de Ecuador, Balanza de Pagos BOLETIN ANUARIO No. 33 de 2011 y No. 36 de 2014.

El destino de flujos de inversión en sectores económicos de Ecuador muestra ligeros cambios.

Distribución de la IED por actividades y su dinámica de crecimiento.
Millones de dólares.

Actividad	Totales períodos				Estructura %		
	2000-2013	2000-2006	2007-2013	% incremento	2000-2013	2000-2006	2007-2013
Explotación de minas y canteras	2.430	1.261	1.169	-7,32%	32,73%	33,44%	32,00%
Industria manufacturera	1.412	487	925	89,53%	19,02%	12,93%	25,31%
Comercio	1.096	440	656	48,85%	14,76%	11,68%	17,94%
Servicios prestados a las empresas	880	411	469	13,99%	11,85%	10,90%	12,82%
Transporte, almacenamiento y comunicaciones	625	738	-113	-115,26%	8,42%	19,57%	-3,08%
Agricultura, silvicultura, caza y pesca	388	236	152	-35,59%	5,22%	6,25%	4,16%
Construcción	352	119	233	94,87%	4,74%	3,17%	6,37%
Servicios comunales, sociales y personales	153	56	97	73,11%	2,07%	1,49%	2,66%
Electricidad, gas y agua	88	21	66	209,62%	1,19	0,57	1,82
TOTAL GENERAL	7.425	3.772	3.653		100,00	100,00	100,00

Fuente: BCE.

Elaboración: CAITISA.

Efectos de la IED en la economía⁷²

Desigualdad entre el tejido productivo nacional (alta polarización) y el peso creciente de las empresas con IED.

- Todas las fuentes utilizadas coinciden en que hay una alta polarización en el tejido productivo. Las empresas más grandes concentran la mayoría de los activos, producen gran parte del valor agregado y hacen cerca del 90% de las ventas totales.
- Las empresas con IED colaboran fuertemente a esta alta polarización productiva. Son muy pocas, concentran el 18% de la producción total, el 17% del consumo intermedio y el 20% del valor agregado nacional. No obstante, generan sólo el 5% de empleo a nivel nacional (cálculos en base a encuesta exhaustiva de empresas y establecimientos económicos (INEC 2011)),
- En las microempresas, a pesar de emplear a más de la mitad de la población económicamente activa, sólo produce el 16% del Valor Agregado Nacional, mientras que en las demás empresas nacionales, con el 47% de la PEA, produce el 65% –cálculos en base a Encuesta Exhaustiva (INEC 2011)–.
- Los activos totales están concentrados en las grandes empresas (quintil 5), sean estas nacionales o con IED: alrededor de 98% tanto en 2003, 2007 y 2013.
- Las grandes empresas con IED aumentan rápidamente su participación porcentual en el total de activos del país: en 2003, el 12,4% de los activos del país y para 2013 poseen el 32%.

- El aumento de la concentración es aún mayor cuando se trata de activos materializados en maquinaria, equipo y software que pasa de 12,7%(en 2003) a 42,9%(en 2013).
- En los activos intangibles (derechos administrativos o permisos de exploración y explotación, así como por marcas, patentes, derechos de llave, y otros similares) pasan de 37,8% al 80,3%.
- Entre los activos intangibles las patentes y marcas son propiedad de empresas con IED en un 71,2%

Tendencia de extranjerización de la propiedad de las empresas.

- Entre 2003 y 2013, el número de empresas de participación extranjera creció a un ritmo de 7,3% anual, superior a la tasa de crecimiento de las empresas nacionales (3,1%); con lo que, para 2013, el número de empresas extranjeras representan el 13,1% del total.
- Para 2013, el promedio de participación extranjera en las empresas asociadas (menos del 50% en manos de extranjeros) es del 36% (en 2003 era 32%) y en las empresas subsidiarias (controladas por el capital extranjero) el aumento es mucho mayor al pasar de 76,8% en 2003 al 92% en 2013.⁷³
- Los dos elementos anteriores indican que, entre 2003 y 2013, se ha presentado una fuerte extranjerización de la propiedad accionaria de las empresas que operan en Ecuador.

72 Para este análisis se utilizaron cuatro fuentes: a) los Registros Administrativos del Sistema de Rentas Internas (SRI.); b) Encuestas a empresas del Banco Mundial; c) la Base de datos de actividades de las empresas multinacionales AMNE de la OCDE, y d) La Encuesta exhaustiva a empresas y sus establecimientos (2011) realizada por INEC vinculada al Censo de 2010.

73 Cálculo del Equipo Consultor en base al Formulario 101 años 2003, 2007 y 2013 (SRI); Anexo de accionistas 2013 (SRI); Información de participación de accionistas extranjeros en empresas ecuatorianas: 2003, 2007 y septiembre 2014 (Superintendencia de Compañías).

Creciente dominio de empresas con IED en sectores económicos.⁷⁴

- El valor agregado generado por las empresas en la economía ecuatoriana depende cada vez más de las empresas con participación extranjera. Pasa del 19,8% en 2003 a 40,1% en 2013; sin que ello se contraponga con el modesto aporte de la IED a la economía que se señaló antes.
- En el año 2013 se encuentran 17 sectores en los que las empresas con IED producen más del 50% del valor agregado sectorial.
- Las empresas con IED dominan cada vez más el mercado. En 2003 hacían 17,9% de las ventas totales y para 2013 ya dominan 40,1% (las que más aumentan son las empresas subsidiarias (controladas mayoritariamente por extranjeros). 9 de estos 17 sectores pertenecen a la sección industrias manufactureras, 4 pertenecen a la sección transporte, almacenamiento y comunicaciones. En el sector extracción de petróleo crudo, gases naturales y relacionados, las empresas subsidiarias participan del 63,8% del valor agregado sectorial.
- En general, el valor agregado de las empresas subsidiarias que se dedican a la manufactura, encuentra su mayor participación en el sector comida, bebidas y tabaco; adicionalmente, se observa, de 2003 a 2013, una reducción de la participación del valor agregado de las empresas en sectores manufactureros de media y alta intensidad tecnológica, compensada por un aumento de la participación de empresas en el valor agregado generado por las empresas manufactureras de media y baja intensidad tecnológica.
- La participación de las empresas extranjeras en el mercado interno es cada vez más significativo. Las empresas subsidiarias (mayoritariamente extranjeras), en el 2013 tuvieron una participación de mercado de más del 60% de las ventas totales en 12 sectores económicos (principalmente manufactureros), incluyendo el sector de tabaco en el que las ventas de las subsidiarias representan el 100% de las ventas totales. Esto significa que están ganando cada vez más mercado a las empresas nacionales.
- El mercado externo está dominado por empresas nacionales (en parte por la recuperación del sector público de la exportación del petróleo); pero está creciendo el peso de las empresas con IED en las exportaciones.

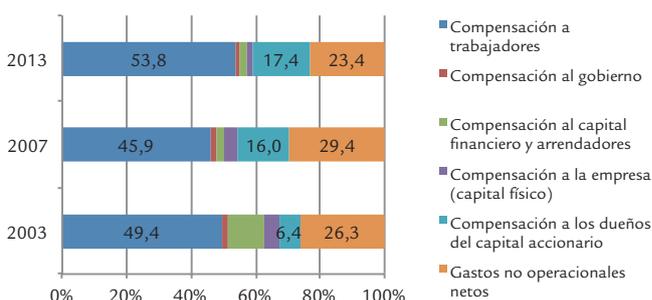
Distribución del valor agregado

Las empresas receptoras de IED en general son más intensivas en capital que las empresas nacionales;

⁷⁴ En los apartados 3 y 4 siguientes, los porcentajes están sobrestimados debido a que no incluye al Sector informal de la economía, ni siquiera de las empresas registradas en el SRI como RISE ya que en este sector todas las empresas son nacionales. Ello no invalida la conclusión sobre la gran concentración en empresas grandes y el peso de las empresas con IED en la economía nacional, solo modificaría los porcentajes como se confirma más adelante con información de la Encuesta Exhaustiva de empresas y establecimientos que incluye a las microempresas.

esto se comprobó (por comparación de promedios) en 51 de los 56 sectores económicos, según la clasificación CIU3. Consistentemente, la productividad laboral de las empresas subsidiarias es 1,5 veces mayor que la de las empresas nacionales. Sin embargo, la distribución de este valor agregado entre los factores de la producción es diferente entre las empresas con IED y las nacionales. La tabla siguiente sintetiza los datos básicos de esta distribución. Sobre ello sacaremos algunas conclusiones.

Compensación promedio por factor de la producción (todas las empresas), 2007-2013



Fuente: SRI.
Elaboración: CAITISA.

Total participación de los factores de la producción en el Valor Agregado, 2013

Compensación a los Factores de la Producción	Nacionales	Asociadas	Subsidiarias
Compensación al factor trabajo	56,1%	57,5%	47,8%
Compensación al gobierno	0,3%	1,3%	1,8%
Compensación al capital financiero y arrendadores	0,1%	3,7%	3,6%
Compensación a la empresa (factor capital físico)	0,6%	2,9%	2,1%
Compensación al factor dueños del capital accionario	15,1%	16,4%	20,7%
Gastos no operacionales netos	27,9%	18,2%	23,9%
Total	100,0%	100,0%	100,0%

Fuente: SRI.
Elaboración: CAITISA.

Participación de los trabajadores en el valor agregado

- La mayor parte del valor agregado, en todos los tipos de empresas, es apropiado por los trabajadores; ello es importante y es un porcentaje mayor que en muchos países de América Latina y el

Caribe. Además, considerando todas las empresas que operan en Ecuador, la participación mejora en el tiempo a favor de los trabajadores. En 2003 era el 47,9% y en 2013 aumenta al 55,2%.

- Sin embargo, son las empresas subsidiarias (las más grandes y de mayor control por el capital extranjero) las que dejan menor proporción del valor agregado a sus trabajadores: ocho puntos menos que las empresas nacionales. Es decir, en términos relativos, pagan menos. En otras palabras, el resultado de su mayor productividad es principalmente para beneficio de los accionistas.

Participación a los accionistas en el valor agregado

- En contraparte, la proporción del valor agregado apropiado por los accionistas de las empresas subsidiarias se triplica de 2003 a 2013, de 7,3% a 20,7%. Incluso los accionistas de las empresas subsidiarias del quintil 5 (las más grandes) se apropian el 23% del valor agregado. Bastante más que las empresas de similar tamaño nacionales, que en 2013 se apropian 16,9%.
- Habíamos dicho que parte importante de la IED en Ecuador es la reinversión de utilidades. Ello es cierto, particularmente, en las empresas con menos del 50% de propiedad extranjera y sólo en una primera etapa. Mientras crecen y se consolidan, los recursos para ello los obtienen de la propia operación en Ecuador, pero, en una segunda etapa ya no, y los remesan al exterior. Las empresas extranjeras más grandes reinvertían, en 2003, sólo el 3,9% de sus utilidades y para 2013 el 1,7%. Eso a pesar de los incentivos que Ecuador otorga a las empresas que reinvierten y del impuesto a la salida de divisas.
- En 2013, las empresas subsidiarias remesaron alrededor de USD 3.822 millones por concepto de utilidades; cabe indicar que ese monto anual es cerca de la mitad de la inversión extranjera directa entrante registrada en los últimos diez años.
- Hay otra parte del valor agregado que va a parar al capital financiero. En las empresas subsidiarias, en 2013, fue el 3,6%; en las empresas del quintil 5, incluso, hasta el 5,3%. Sin embargo, hay que destacar que una parte de la IED son créditos entre empresas relacionadas, por lo que parte de esta

retribución al capital financiero va parar a los mismos accionistas.

Participación del gobierno vía impuestos en el valor agregado.

- Esta es la única porción del valor agregado en que las empresas con inversión extranjera aportan más que las nacionales. Las empresas nacionales dejaron en manos del gobierno, en 2013, 0,3% del valor agregado que generaron (las asociadas 1,3% y las subsidiarias 1,8%). Es verdad que aportan más al gobierno las empresas extranjeras (seis veces más), pero aún es muy reducido. Además, cada año aportan al gobierno un porcentaje menor de dicho valor agregado: las subsidiarias en 2003 aportaban el 2,3% y para 2013 baja al 1,8%.

Las empresas con IED en su relación con el resto del tejido productivo

- Por falta de información adecuada, no fue posible realizar un estudio a fondo de los encadenamientos productivos de las empresas con IED con el resto de la economía nacional. Sin embargo, la Encuesta exhaustiva de empresas y establecimientos (INEC, 2011), ofrece la siguiente información general: Las empresas con IED cada vez tienen menos encadenamiento productivo en el interior del país. Durante 2006, estas empresas utilizaron el 56,4% de insumos nacionales con respecto a los insumos totales; para 2010, disminuyeron el consumo de insumos nacionales a 52,5%. En cambio, las empresas nacionales van aumentando su encadenamiento productivo en el interior del país. Durante el 2006, consumieron 45,7% de productos intermedios locales y en el año 2010, aumentó a 58,9%.
- Hay indicios de que la gran posesión de activos tecnológicos de las empresas con IED no se ha transferido ni ha contribuido a la modernización de la estructura productiva.

La IED y la generación de empleos

Las dificultades para estudiar la relación entre IED y empleo son de varios tipos y no son exclusivas de Ecuador.⁷⁵ Sin embargo, con la utilización de varias fuentes y recursos metodológicos, ha sido posible establecer lo siguiente:

⁷⁵ Las estadísticas tradicionales, tanto en Ecuador como en el mundo, no permiten contabilizar directamente la generación de empleos por la inversión extranjera directa. Sin embargo, en CAITISA, sobre la base de la información que cada empresa ofrece al SRI, formulario 101 y 107, fue posible estimarlos. El problema de esta fuente es que sólo capta el empleo formal. Hay otras fuentes: el IESS que también capta solo el empleo formal pero incluye los que están en el régimen RISE. La Encuesta en hogares ENEMDU que tiene la ventaja de captar absolutamente todo el empleo, pero no permite clasificarla por sectores, ni distinguir empresas con IED y empresas nacionales. Para calcular la participación de las empresas con IED en el empleo total que existe en Ecuador, la fuente fue la ENEMDU.

La comparación entre Ecuador con el resto de América Latina y el Caribe se utilizó la información de CEPAL (La inversión extranjera en América Latina y el Caribe 2006, 2012, 2013 y 2014), encuestas del Banco Mundial (Corporación Financiera Internacional - Banco Mundial. Encuesta a empresas. <http://www.enterprisesurveys.org> enterprisesurveys@worldbank.org) y la base de datos de FDI Intelligence, from the Financial Times Ltd. 2014.

Los análisis cualitativos sobre remuneraciones medias y distribución al factor trabajo del valor agregado bruto generado por las empresas extranjeras tienen como fuente la información del SRI.

Las empresas con IED generan poco empleo, pero está aumentando. Del total de empleos en el país (incluido los informales), las empresas con IED generaron en 2007 sólo el 2,9%, pero esa proporción creció en 2013 hasta 9,6%.⁷⁶

- Las empresas con IED son, en su mayoría, intensivas en capital, y por ello generan muy poco empleo por millón de dólares invertido. Cálculos en base a distintas fuentes dan números similares.⁷⁷
 - El análisis a partir de los registros del SRI muestra que por cada millón de dólares de IED se creó en promedio anual (entre 2007 y 2013) 1,48 empleos directos. No se pudo calcular el concepto de empleos indirectos.
 - Los cálculos hechos por *Intelligence, from the Financial Times* (FDI),⁷⁸ en base a la información de anuncios de inversión extranjera, dijeron que crearían 2,6 empleos por millón de dólares invertido en promedio anual, desde abril de 2003 a junio de 2014.
 - Comparando con el resto de América Latina y el Caribe, en base a la información de la CEPAL y basado en el FDI, es posible afirmar que Ecuador es el número 16 de 26 países en este indicador de empleos generados por millón de dólares invertidos.⁷⁹
 - CEPAL analiza por sectores económicos las diversas capacidades de generación de empleo de la IED, y concluye que es en el sector extractivo –donde está un tercio de la IED en Ecuador– el que menos capacidad tiene de generar empleo.⁸⁰

Lo anterior no quiere decir que no sean importantes los empleos creados por la IED. Si se considera sólo el empleo formal (sin incluir los que están generados por empresas o personas registradas en el SRI como RISE), en 2007 hubo ocho sectores (según la clasificación CIUU 3), en los que la IED generó 20% o más de empleo en el sector. En 2013 ya fueron 12 los sectores con IED que emplearon al 40% o más de los empleos sectoriales.

La IED y la calidad del empleo⁸¹

Son pocos los indicadores disponibles sobre la calidad del empleo generado por las empresas con IED, en comparación con las empresas nacionales.

A continuación se anota el principal indicador, es decir el nivel de salario.

Remuneración promedio mensual por tipo de empresa

Quintiles según Total de Activos	Año 2007		Año 2013	
	Nacional USD	Extran. USD	Nacional USD	Extran. USD
Quintil 1	198	269	19,629(1)	153
Quintil 2	327	518	426	593
Quintil 3	347	310	502	619
Quintil 4	371	464	520	694
Quintil 5	773	867	818	954
Total	639	795	733	932
Tasa de crecimiento anual 2007 -2013			2,3%	2,7%

Fuente: Servicio de Rentas Internas. Formulario 101 y 107, años 2007 y 2013.

Elaboración: CAITISA.

- Las empresas con IED tienen una productividad promedio por trabajador superior a las empresas nacionales y, en función de ello, pagan una remuneración promedio por trabajador mayor que las nacionales. Sin embargo, esta mayor productividad no se traslada proporcionalmente a las remuneraciones de sus trabajadores; de hecho, en términos relativos al valor agregado generado, remuneran menos a sus trabajadores que las empresas nacionales.
- Tanto las empresas nacionales como las extranjeras pagan mejor, dependiendo de su tamaño. Las empresas del quintil 5 son las que mejor pagan.
- La tasa de crecimiento anual de las remuneraciones promedio por trabajador es muy baja, tanto en las empresas nacionales como las extranjeras (2,3% y 2,7%, respectivamente).
- Hay gran disparidad de remuneraciones dependiendo de los sectores en los que se trabaje. Hay varios sectores y/o años en los que las empresas nacionales remuneran mejor el trabajo que las empresas extranjeras.⁸²
- Por supuesto, los salarios pagados por las empresas con IED en Ecuador son menores que los que pagan en sus matrices, según la CEPAL que pueden verse en la gráfica siguiente.

76 Cálculos hechos en base a los registros del SRI para los empleos generados por las empresas con IED, ponderando los empleos creados con el porcentaje de participación extranjera en las empresas. El total de empleos (incluidos los informales) es el proporcionado por ENEMDU.

77 Hay que resaltar que como todas las empresas con IED son formales el SRI es una fuente adecuada.

78 FDI *Intelligence, from the Financial Times Ltd 2014*. Para el caso de Ecuador dicha base de datos se encuentra en SENPLADES.

79 La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2013 capítulo III, pág. 138.

80 Ibídem.

81 Para analizar la calidad de estos empleos se compararon empresas con IED y nacionales similares (quintil 5) dos variables: salario y capacitación de los trabajadores. El salario medio fue posible calcularlo en base a información del SRI. La información sobre porcentajes de empleo de tiempo completo y capacitación se tomó de las encuestas a empresas tanto del Banco Mundial como del FDI.

82 El análisis pormenorizado por sectores puede verse en el informe completo.

- Otros indicadores sobre la calidad del empleo
 - Según las encuestas del Banco Mundial⁸³ las empresas con IED tienen más empleados permanentes que las nacionales.
 - Según estas mismas fuentes, los trabajadores de las empresas nacionales y extranjeras tiene similares niveles de capacitación.
- No hay suficiente información⁸⁴ para analizar las diferencias entre empresas nacionales y extranjeras en cuanto a políticas de género, pero las encuestas del BM ofrecen la siguiente información muy general.
 - Las empresas nacionales tienen un mayor porcentaje de mujeres contratadas comparadas con las extranjeras, pero en ambos casos estos porcentajes bajan con el tiempo.
 - Las empresas extranjeras tienen, ligeramente, un mayor porcentaje de mujeres gerentes.
 - Ambos tipos de empresas tienen similares porcentajes de mujeres entre sus trabajadores y en ambos casos está aumentando.

centran en flujos de entradas y salidas de inversión y no las características de dichas inversiones, las cuales son indispensables para analizar, desde una perspectiva de desarrollo, los efectos socioeconómicos y ambientales de dichas inversiones.

No se han encontrado estadísticas diseñadas para estudiar el comportamiento de los intereses extranjeros en el tejido empresarial y los resultados macroeconómicos de sus inversiones. Existe información dispersa, en diversas dependencias, con metodologías y definiciones de clasificación estadística distinta y no comparable entre sí. Falta integrar y coordinar mejor las estadísticas de las diversas instituciones.

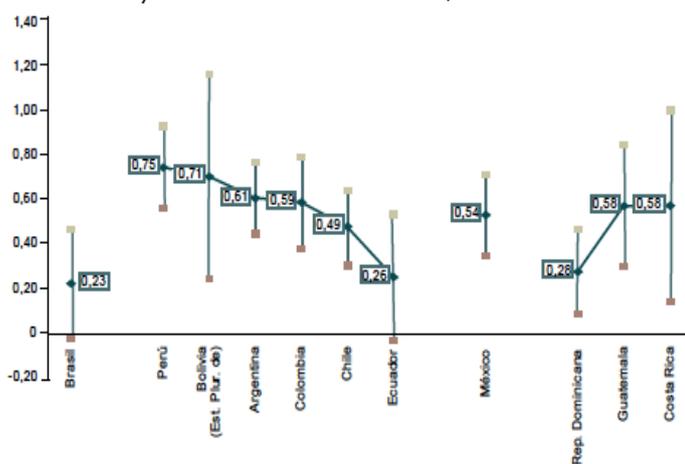
Hay carencia de registro estadístico en tres aspectos: a) las inversiones de ecuatorianos en el exterior; b) flujos de IED que permitan distinguir la inversión nueva de aquella que es una compra o fusión de las empresas ya existentes y, c) estadísticas que permitan un análisis pormenorizado de encadenamientos productivos.

Urgen estudios y fuentes estadísticas, sobre los otros flujos de inversión, que cubran el amplio espectro de tipos de inversión que están protegidos por los TBI, especialmente las salidas ilícitas, que son una sangría enorme para las economías en desarrollo.

El sistema estadístico nacional sobre inversión extranjera

Las estadísticas sobre inversión extranjera, que tienen por base la aplicación de los manuales del FMI sobre balanza de pagos, no aportan información suficiente para cuantificar el impacto de la IED. Se

América Latina (11 países): brechas salariales entre empresas locales y filiales de transnacionales, 2010^{a, b}



Fuente: Comisión Económica para América Latina y el Caribe (CEPAL), sobre la base de Banco Mundial, Encuestas de Empresas.

a Brechas e intervalos de confianza al 95%.

b Estimación por mínimos cuadrados ordinarios (MCO) sobre el logaritmo de los salarios.

83 Corporación Financiera Internacional – Banco Mundial. Encuesta a empresas. <http://www.enterprisesurveys.org>, enterprisesurveys@worldbank.org.

84 En el informe completo se ofrece más información en base a las siguientes fuentes: Corporación Financiera Internacional – Banco Mundial. Encuesta a empresas, <http://www.enterprisesurveys.org>, enterprisesurveys@worldbank.org. Todaro, Rosalba (2003). El impacto laboral de la inversión extranjera directa: la importancia de análisis de género. En Economía y género: Macroeconomía, política fiscal y liberación. Análisis de su impacto sobre las mujeres. Paloma de Villota (ed.): 387-404. España: Icaria Editorial S.A. Mancero Piedad (2013) “Visibilización de género en las tendencias macroeconómicas”. En Revista Análisis Económico No 25 Cambio de la matriz productiva. Quito: Colegio de Economistas de Pichincha. García, Juan Carlos y Patricia Cortez (2012). “Análisis de la participación laboral de la mujer en el mercado ecuatoriano”. En Análitika, Revista de análisis estadístico, Vol. 4(1): 23-49. INEC: Quito.

D. IMPLICACIONES SOCIOECONÓMICAS, MACROECONÓMICAS, DE DERECHOS HUMANOS Y AMBIENTALES DE INVERSIONES REALIZADAS POR EMPRESAS QUE HAN PRESENTADO DEMANDAS CONTRA ECUADOR

Sectores económicos y geográficos de localización de las empresas

Las empresas extranjeras inversionistas que han emprendido demandas contra Ecuador en tribunales internacionales de arbitraje, corresponden, en su mayoría, a sectores de explotación de recursos naturales, con el predominio de aquellas de hidrocarburos, actividad que ha logrado captar la mayor parte de recursos externos particulares en las últimas cuatro décadas, atraídos por la alta rentabilidad del negocio y por una política interna de concesiones y garantías, revertidas luego contra los intereses del país.

La localización de las inversiones de tales empresas ha permitido situar y orientar la investigación, tanto en espacio territorial cuanto en el tiempo de operaciones empresariales y, particularmente, la determinación de la correspondiente área de influencia, en la cual se han producido impactos económicos, sociales, étnico-culturales y ambientales.

El área de influencia cubre no sólo los espacios de las concesiones y operaciones, se proyecta también a los ecosistemas naturales y a los elementos de subsistencia y convivencia de las poblaciones aledañas. Para el análisis económico y social, la información disponible corresponde, en el mejor de los casos, al nivel de parroquia como menor área territorial. Por lo tanto, de conformidad con la División Política Administrativa vigente, se ha identificado la ubicación de las respectivas empresas, considerando, para estos fines, el nivel parroquial como área de influencia.

En este acápite, se presenta, como consta en el cuadro que sigue, el examen de los 24 casos de demandas presentadas contra Ecuador con invocación de TBI vigentes, y 4 casos más por demandas presentadas ante tribunales internacionales por afectación de contratos suscritos entre el Gobierno de Ecuador e inversionistas extranjeros; por esta circunstancia, la inclusión de contratos puede diferir, en alguna medida, con en punto II.2 de este Informe.

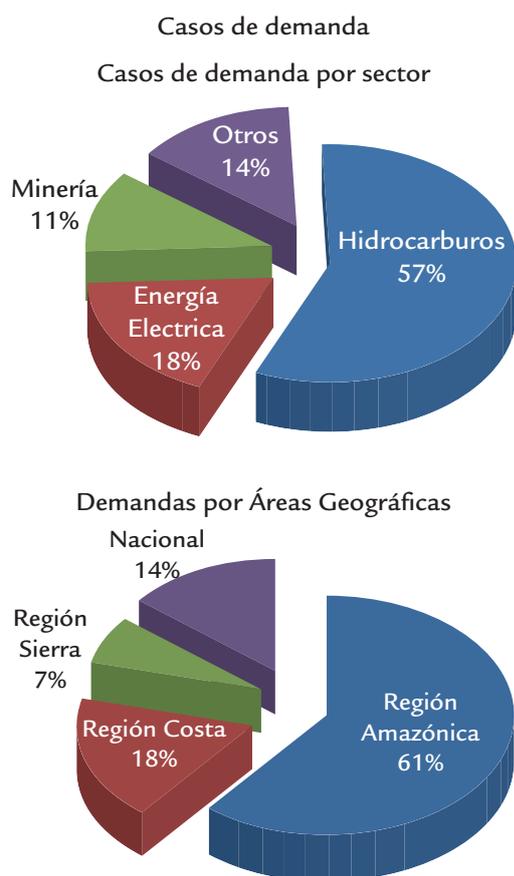
Clasificación de empresas y casos de demandas presentadas contra Ecuador

Sector / Actividad	Nº Empresas	Nº Casos	Ubicación / Área influencia	Situación conflicto
Hidrocarburos	10	16		
Explotación, exportación petróleo	9	15	Amazonía / Bloques concesionados	6 Abiertos 9 Concluidos
Refinería	1	1	Esmeraldas / Obra	Concluido
Energía eléctrica	5	5		
Infraestructura	1	1	El Oro / Machala	Concluido
Adquisiciones	1	1	Nacional	Concluido
Prestación servicios	3	3	Guayaquil / Pichincha	3 Concluidos
Minería	3	3		
Concesiones	3	3	Napo / Zamora / Imbabura	3 Abiertos
Otros	4	4		
Infraestructura	1	1	Pichincha / DM Quito	Concluido
Oferta bienes y servicios	3	3	Nacional / Otros	1 Abiertos 3 Concluidos
TOTAL CASOS	22	28		10 Abiertos 18 Concluidos

Casos con TBI	20	24	10 Abiertos 14 Concluidos
Casos con Contrato	2	4	4 Concluidos

Fuente: Procuraduría General del Estado. Elaboración: CAITISA.

De las 28 demandas (Tabla 1.1), 16 que son del sector petrolero, corresponden a 10 empresas matrices, algunas con subsidiarias que han intervenido en la demanda; el número de empresas es menor que el de casos dado que varias presentaron más de una demanda. A excepción de la empresa española Técnicas Reunidas S.A., que intervino en la Refinería de Esmeraldas, los 15 casos se suscitaron por operaciones en bloques y campos concesionados en la Amazonía ecuatoriana.



Fuente: Procuraduría General del Estado.
Elaboración: CAITISA.

En razón de que el mayor grado de intervención se produce en áreas de recursos naturales abundantes, en grandes extensiones, las afectaciones tangibles comprenden ecosistemas sensibles que albergan a minorías étnicas, flora, fauna y humedales de características invaluableles.

El segundo grupo de casos de demandas corresponde al sector eléctrico. Respecto del ámbito de acción de las empresas, aparece un caso con carácter nacional, debido a contratos que se celebraron con la institución rectora del sector; los cuatro casos restantes son de cobertura provincial Guayas –principalmente la ciudad de Guayaquil, y El Oro (zona de explotación de gas para producción de energía)–.

Sigue el sector de la minería, con tres empresas que presentaron demandas. Éstas tienen áreas locales concesionadas, dos en provincias de la región amazónica Napo (Pungarayacu) y Zamora (Nambija), y una en Imbabura (al norte del país).

Los cuatro casos de demandas restantes corresponden a un igual número de sectores económicos: servicios informáticos (IBM), infraestructura aeroportuaria (Quiport), telecomunicaciones (Globalnet), farmacéutico (MerckSharp&Dohme). Su ámbito de acción ha sido nacional y local cuando se ha tratado de transporte aéreo.

Incidencia económica y social: principales indicadores

Evolución económica

Las provincias que expandieron su producción de manera importante en la década de los noventa, son aquellas donde se ubican los campos petroleros, en evidente consecuencia de las inversiones efectuadas en ese sector, el único sector que, en ese entonces, captó el interés de las empresas extranjeras.

Para el periodo 2007 a 2010, el Banco Central entregó información más detallada de los niveles de producción por cantones, o sea jurisdicciones menores, los cuales pudieron haber sido zonas de influencia de las operaciones de las empresas investigadas. Además, se disponía de cuentas petroleras y no petroleras. En este lapso surgió una evolución todavía vinculada a las actividades petroleras, aunque las empresas de mayor cobertura operacional que litigaban con el país ya habían salido del área de intervención. También hay cantones como Esmeraldas, con la Refinería, Tena y Joya de los Sachas, donde su vinculación con actividades petroleras les ha significado un bajo crecimiento o deterioro en su nivel productivo; en cambio, la producción no petrolera en los mismos tres cantones sí ha tenido un importante aumento.

En los cantones Lago Agrio, Putumayo, Cuyabeno y Orellana los niveles de producción total, inclusive petrolera, sobresalen por su crecimiento, entre 2007 y 2010, tiempo en el que realiza operaciones la Empresa Pública Petroamazonas, la misma que ejecuta, además, obras y acciones de desarrollo social y ofrece oportunidades productivas a la población del lugar.

Empleo

La generación de empleo ha sido escasa en los sectores donde se ubican la mayor parte de las empresas de inversión extranjera que se auditan, en vista

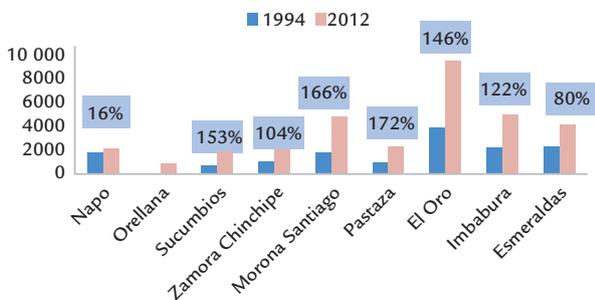
del bajo componente de recursos humanos en las correspondientes actividades. Esto se confirma en la Encuesta Nacional de Empleo para junio de 2011: el sector petrolero generó sólo el 0,53% de la Población Económicamente Activa (PEA), a pesar de su peso en la estructura económica ecuatoriana. De este indicador, el 94,7% fueron hombres y el 5,3%, mujeres. Otro sector, al que corresponden cinco de las empresas auditadas, es el de la electricidad, gas y agua. También contribuyó con apenas el 0,49% de la PEA, igualmente con reducida participación femenina. En 15 de las empresas investigadas se encontró un promedio de tercerización del 10%, en 2005; desde 2008 se eliminó esa modalidad por mandato constituyente.

En la Amazonía ecuatoriana, los indicadores de ocupación todavía son desfavorables para la población de mujeres. Según el INEC (2013), la desocupación femenina, fue de 6,1%, el subempleo o empleo inadecuado, de 43,6%, y la subutilización bruta de 55,1%.

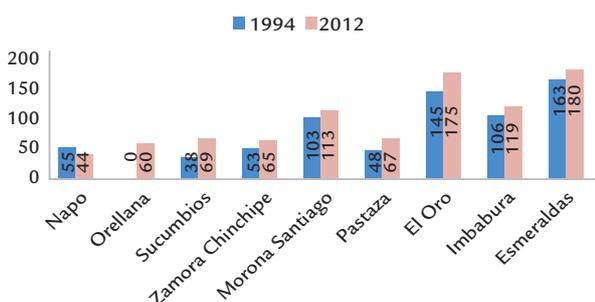
Educación y salud

En lo concerniente a educación y salud se cuenta con los siguientes gráficos que demuestran evoluciones en las provincias donde se ubicaron las empresas que se examinan.

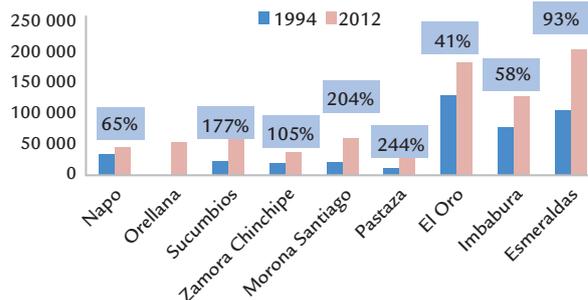
Salud-Incidencias



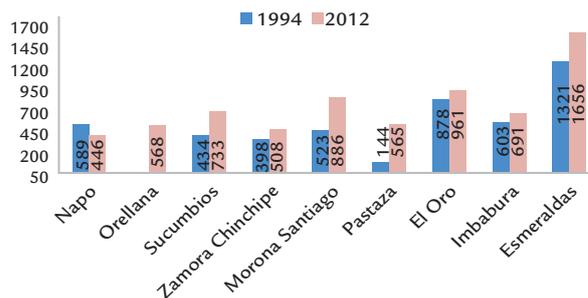
Salud-Establecimientos



Salud-Estudiantes



Salud-Establecimientos



El aumento de población estudiantil (entre 1994 y 2012, periodo de supuesta incidencia de las inversiones extranjeras) es alto en las provincias de la Amazonía por dos circunstancias ajenas a la actividad de las empresas: se parte de niveles incipientes, en 1994, y, el mayor dinamismo corresponde a los últimos años, cercanos a 2012.

El concepto de morbilidad, en la salud, integra enfermedades relacionadas con actividades a cargo de las empresas extranjeras en sectores extractivos, por contaminación del agua para consumo, afectación a la higiene, la calidad del aire, desnutrición, entre otros factores.

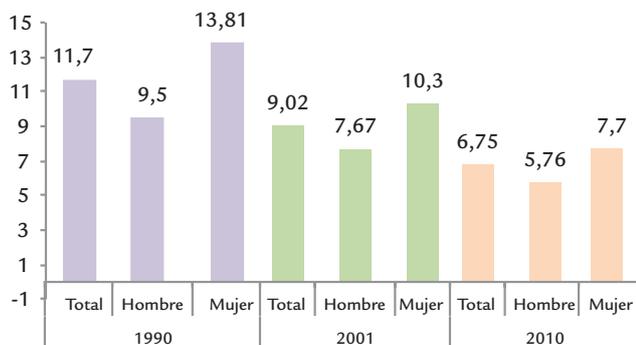
Analfabetismo

Las tasas de analfabetismo en la lista de cantones examinadas, en los tres últimos censos de la investigación, van descendiendo en la mayoría de los casos, pero todavía son insatisfactorios y hasta alarmantes en algunas jurisdicciones cantonales, sobre todo, en colectivos de mujeres. La tasa más alta, en 2010, se registró en el cantón Cotacachi —tanto en hombres (15,05%) como en mujeres (22,35%)—, zona de intervención de las empresas mineras. Si bien se redujo algo desde las décadas anteriores, se debe más bien a los esfuerzos educativos del Estado, antes que a una contribución de las citadas empresas.

Hay otras tasas de analfabetismo, de entre 10% y 19%, en el grupo mujeres, en el mismo 2010, en lugares donde se han desarrollado actividades petroleras, aunque todas ellas son menores que las de

1990 y de 2001. De todos modos, es muy limitada la influencia que pudieren haber tenido las compañías extranjeras para esa reducción, porque las obras educativas que realizaban se ubicaban en territorios muy cercanos a sus locaciones, y de ningún modo con un carácter extensivo hacia sus áreas de influencia.

Tasas de Analfabetismo Nacional



Fuente: Sistema Nacional de Información.

Elaboración: CAITISA.

Índices de acceso a servicios públicos básicos

Los 20 cantones donde se han instalado las empresas en mención exhiben condiciones de desarrollo social bastante heterogéneas.

En 1990, solamente Quito tuvo un 60% de viviendas con acceso a servicios públicos de agua, alcantarillado, recolección de basura y electricidad. Le seguía Guayaquil, con un indicador de 47%. Los demás cantones llegaron a 28%; en zonas rurales el mayor porcentaje fue de 17%, aún en el cantón Quito.

Para el año 2001, según el Censo de población y vivienda, los indicadores de acceso a los mencionados servicios básicos demostraban cambios positivos pero muy irregulares. Los cantones de la región amazónica siguieron teniendo un nivel precario; a pesar de proveer del valioso recurso petrolero, la mayoría de las viviendas urbanas carecía de los citados servicios de agua, salubridad y energía eléctrica, aún menos accesibles en los sectores rurales, con sitios donde apenas una vivienda de cada 100 contaba con aquellas instalaciones.

En 2010 cambió notablemente la situación en la zona urbana de cada cantón. La mayor parte de los cantones, inclusive de la Amazonía, tuvieron indicadores superiores al 50%. Es obvio que el impulso se produjo desde la política y el financiamiento de los gobiernos centrales y seccionales—los cuales han priorizado las obras para dotar de servicios básicos a la población—, y no por la incidencia que pudieren haber generado las inversiones de empresas

transnacionales petroleras; el ámbito rural, donde operaron las mismas, continúa carente de servicios.

Las viviendas que cuentan con abastecimiento de agua por tubería son muy escasas en el territorio amazónico. En el año 2010, había cantones en cuyas áreas rurales apenas dos de cada cien viviendas disponía de agua por tubería. Es evidente, en cambio, la situación favorable del servicio de electricidad en las viviendas, en franco progreso desde 1990; para 2010, en el área urbana de todos los cantones observados, la cobertura excedía el 90%. En las zonas rurales donde se desarrollaron los proyectos petroleros, parte importante de las viviendas todavía carecen de energía eléctrica.

La pobreza en épocas de mayor inversión extranjera y su evolución posterior

Los indicadores de pobreza por Necesidades Básicas Insatisfechas (NBI), en los cantones cuya población estaba expuesta a efectos de las inversiones extranjeras, muestran niveles sorprendentemente altos de hogares que carecen de servicios elementales, inclusive condiciones básicas de salud y educación. En 1990, la mayoría de cantones fluctuaba alrededor del 90%, solamente Quito presentaba un grado de insatisfacción del 59% y Guayaquil del 70%. En 2001, hubo casos en los que bajó ligeramente el porcentaje de hogares con insuficiencias, pero continuaban siendo altos, especialmente en cantones de la Amazonía donde los índices de pobreza fueron mayores del 80%.

Para el año 2010, a la fecha del último Censo de Población y Vivienda, las condiciones mejoran en todos los cantones examinados. Sin embargo, en aquellos donde se desarrolló la actividad petrolera, más de las dos terceras partes de los hogares habitados carecen de servicios básicos.

Incidencia de la Pobreza por Ingresos

La pobreza por nivel de ingresos (relacionados con la capacidad de consumo) que aqueja a la población en el país, se ha medido a partir de la base de las Encuestas Urbanas de Empleo y Desempleo que realiza el Instituto Nacional de Estadísticas y Censos (INEC). Con metodología homogénea se ofrecen cifras por tramos, entre 2006 y 2013, desagregada por provincias para la Costa y la Sierra, y únicamente agregada para la Amazonía. Habiendo seleccionado los lugares donde se ubicaron las inversiones de empresas sometidas a esta auditoría, se observan resultados en la siguiente tabla:

	2006	2010	2013
Amazonía	45,7	48,6	35,6
El Oro	32,4	24,6	17,5
Esmeraldas	59,7	51,3	46,1
Guayas	34,6	26,2	23,2
Imbabura	41,4	37,3	28,5
Pichincha	17,7	16,5	9,1
NACIONAL	37,6	32,8	25,6

Fuente: Instituto Nacional de Estadísticas y Censos.

Elaboración: CAITISA.

Afectaciones a la vida comunitaria, tenencia de la tierra, seguridad alimentaria, desplazamientos y conflictos

El contacto con la dirigencia de comunidades, organizaciones sociales y personas afectadas ha permitido constatar efectos en la vigencia de derechos humanos y en el entorno natural. Se concretan en: formas de alteración de los medios de subsistencia, desplazamientos de comunidades de su territorio, engaños e incumplimientos de compromisos, conflictos sociales internos provocados, omisión de información y consulta previa, ocultamiento de daños, estudios de impacto ambiental imprecisos, irrespetados y no evaluados.

Posesiones de tierras

Mediante la suscripción de Convenio y Código de conducta la nacionalidad Secoya se comprometió con la compañía petrolera OXY a recibir compensaciones en la fase de exploración, lo que implicaba una renuncia a reclamar por daños ambientales sufridos en fases siguientes, a pesar de que la Ley pertinente ha contemplado reclamaciones respecto del Plan de Manejo, con implicaciones penales y el derecho a reparaciones e indemnizaciones de carácter civil.

En el mismo convenio se establece una compensación de USD \$700,000 para ser entregada en diferentes plazos de la fase de exploración, conforme rendimientos comprobados de los pozos (se entregó efectivamente USD \$600,000, a pesar de que se inició la fase de explotación). Por ese valor –que no guarda relación alguna con los beneficios percibidos por los dueños del negocio– la compañía utilizó bienes materiales (madera, agua), hizo uso de la tierra y derechos de vías, sin que hubiere contemplado pagos por adquisición o por arrendamientos del suelo; tampoco estuvo obligada a costear derechos superficiales, al haber suscrito un contrato de participación.

La posesión de tierras en áreas de producción petrolera, por efecto de la Ley de Hidrocarburos, no

ha reconocido derechos de propiedad de comunidades y pueblos de lugares ancestrales. Por tanto, ni el Estado, por las compañías privadas poseedoras, han aplicado procedimientos de declaración de utilidad pública y el correspondiente pago o indemnización.

En resumidas cuentas, los numerosos convenios y códigos de conducta suscritos, especialmente en décadas anteriores, han sido manejados por las compañías petroleras como medios de control, apaciguamiento y omisión de derechos humanos y colectivos, lo que les ha reportado ventajas económicas; inclusive, se comprometían a sustituir al Estado en responsabilidades y obligaciones ambientales y sociales, socavando el acceso de la gente a instancias oficiales. Por la escasa claridad y consistencia legal en la posesión de tierras, varios campesinos desplazados de sus lotes, continúan pagando el impuesto predial por esos terrenos invadidos, puesto que el respectivo Catastro Municipal no registra expropiación ni declaratoria de utilidad pública alguna.

Evidencias de afectaciones y testimonios recogidos en trabajos de campo

Resumen de testimonios

Se efectuaron desplazamientos del equipo de investigación de la auditoría a los bloques petroleros 12, 15 y 7, donde operaron las empresas OXY y Perenco, ésta en consorcio con Burlington, en las provincias de Sucumbíos y Orellana. También, a los campos de intervención de Texaco (luego Chevron) en la zona de Aguarico, cantón Lago Agrio, hacia áreas de acción de las empresas Petrobras, Perenco y Texaco (esta vez el campo Sacha, en el cantón Joya de los Sachas), en las provincias de Napo y Orellana. En esos lugares fue posible recoger los siguientes testimonios (versión resumida) de pobladores afectados:

- Pagos mínimos por uso de tierras. Obras de compensación incipientes, varias incompletas, no funcionales, solo para la comunidad más cercana; se producen enfrentamientos entre comunidades por esa causa.
- Se ofrecieron viviendas a cambio de terrenos; se entregaron las tierras y la empresa no construyó las viviendas. El dirigente pierde credibilidad, lo que motiva la desvalorización de su palabra y la afectación a la buena fe, importante factor en las relaciones comunitarias.
- Información restringida y manipulada a conveniencia de las empresas. Inexperiencia y desconocimiento de pobladores para exigir derechos.

- Precariedad en las relaciones laborales y contrataciones por obras sin beneficios de ley, todo para muy pocos pobladores. Ninguna capacitación ni esfuerzos para mejorar la calificación de mano de obra o llegar a algún nivel de profesionalización.
- Contratos de limpieza en vías, de transportación y otros, a pérdida.
- De ser propietarios de tierras pasan a ser, en casos, jornaleros dependientes del trabajo petrolero. Se degradan las costumbres, aparece la mendicidad y el chantaje; se rechaza el trabajo tradicional y el conocimiento ancestral.
- Alcoholismo; se sustituye bebida tradicional por cerveza, y se genera alta dependencia.
- Ruido de generadores que causa sordera.

Versiones y testimonios individuales en áreas de dos empresas visitadas:

Petrobras. En la comunidad Kichwa Guataracu, de extensión considerable, integrada por cinco sectores (Centro, Pukuna 13, Selva Alegre, Río Salvador y Venado Yaku) fue posible conversa en reuniones sostenidas con dirigentes de comunidades, de una pre-cooperativa, con el director de escuela, el teniente político y otros participantes, sobre las relaciones económicas y sociales con la compañía Petrobras. Los testimonios dan cuenta de contribuciones efectuadas por la empresa y de los incumplimientos y problemas generados. Hubo gestión integrada en aspectos de salud (brigadas médicas, puestos de salud, capacitación a promotores) y en áreas de educación, con entregas de materiales escolares, alimentación, transporte y pequeñas obras como cerramientos y aulas; también se efectuó una capacitación a los maestros sobre computación.



Entrevistas a Guillermo López- Director de la escuela "Imbabura" ubicada dentro de la comunidad "Huataracu" y Miguel Grefa.- Presidente del Comité de Padres de Familia.

En cuanto a **generación de empleo** y contrataciones, se informa que la compañía recurría a tercerizadoras; en otros casos, coordinaba con la dirigencia de la comunidad y se definían las personas a ser contratadas: *"Con Petrobras, se hacía una asamblea cuando la empresa necesitaba personal, y en la asamblea se busca a los mejores responsables del trabajo, y a ellos se les mandaba a trabajar, siempre se coordinaba con la dirigencia"* (Grefa, Miguel. Entrevista personal. Sep. 16. 2014).

Otro testimonio relata *"Existían conflictos entre las comunidades debido a que el tema de empleo les beneficiaba más a unos que a otros"* (Andrango, Rafael. Entrevista personal. Sep. 15. 2014). *"Ese tiempo se trabajaba 14-14 y pagaban 240 dólares los 14 días, y no pagaban ningún tipo de beneficios sociales"* (Bravo, Hermel. Entrevista personal. Sep. 15. 2014).

Afirman, además, que la empresa dejó cuentas pendientes, al no entregar utilidades y otros beneficios; existen juicios para cobrar utilidades.

Las **relaciones con la comunidad** fueron, en general, a través de **convenios suscritos** en los que la compañía se comprometía a indemnizar por afectaciones físicas y a realizar obras como compensación social. Hay versiones diferentes sobre el grado de cumplimiento. Profesionales de Petroamazonas consideran un alto nivel de realizaciones, pero moradores del lugar también citan paralizaciones y exigencias de hecho, por retrasos y provocaciones.

Uno de esos convenios —suscrito entre la compañía ECUADORTLC S.A (subsidiaria ecuatoriana de Petrobras) y la Pre-cooperativa Unión Alamoreña, bajo la denominación Convenio de Compensación de las Actividades Petroleras— menciona las obras y

Hubo también talleres de capacitación a pobladores, especialmente a mujeres: *"Con Petrobras si hubo varios talleres de capacitaciones, para las señoras en cocina, corte y confección, también hubo aquí un taller de panadería todo eso ha hecho con las señoras. Estas capacitaciones eran seguidas con esta empresa"* (Grefa, Miguel. Entrevista personal. Sep. 16. 2014).

“Hubo obras comunitarias pero no se cumplió completamente lo que estaba en el convenio. Petrobras dijo que el sistema de agua iba a estar operando durante dos años pero esto no se cumplió y ahora el sistema de agua es inútil” (Bravo, Hermel. Entrevista Sep. 15. 2014).

Entrevista a Hermel Bravo, Presidente de Pre-Cooperativa Unión Alamoreña – Parroquia San



donaciones de beneficio comunitario que la compañía se compromete a ejecutar. También indica que la Pre-cooperativa se obliga a no solicitar ningún incremento o indemnización adicional, así como el aporte de mano de obra no calificada, sobre la base de mingas comunitarias, para las obras y proyectos de desarrollo social y humano. *Con Petrobras hemos hecho paro por la cuestión de la ampliación de la vía, nosotros como los primeros usuarios de la vía, hemos hecho paro por el avance de la vía, para que siga avanzando y beneficie a todas las familias*” (Grefa, Miguel. Entrevista personal. Sep. 16. 2014).

“He sabido de mucha gente de las comunidades aledañas que les daban de comer, sin trabajar, y cuando nosotros (Parroquia 3 de Noviembre) teníamos que trabajar y sacrificarnos para poder comer” (Andrango, Rafael. Entrevista personal. Sep. 15. 2014).

La compañía manejaba planes de **desarrollo agropecuario**. “Petrobras daba apoyo en la comunidad piscícola, avícola, existían plantaciones de cacao, café, plátano, etc. Dentro de eso teníamos un plan de desarrollo

agropecuario con todas las comunidades, donde nosotros les comprábamos todos los productos que eran producidos dentro de sus chacras y eran vendidos a la empresa como parte de su alimentación” (Caicedo, John. Entrevista personal. Sep. 15. 2014).

Perenco. En el bloque 21 (Yuralpa) las observaciones correspondieron a la compañía Perenco, que operó hasta 2009. Se obtuvieron testimonios de habitantes nativos y colonos, todos miembros de las comunidades, y del director de la escuela del lugar.

En **aspectos laborales**, la empresa ocupaba obreros a través de contratistas, por tiempo limitado, bajo la siguiente modalidad: “La Perenco sólo contrata obreros con los contratistas y por un tiempo limitado. Nos pedían 20 obreros para 8 comunidades, y nos tocaba a dos por cada comunidad, y eso era perjudicial porque hasta conflictos entre las comunidades se daban” (Tapuy, Ricardo. Entrevista personal. Sep. 16. 2014). Según Antonio Nemguimo, presidente de una de las comunidades Huaorani visitadas, Perenco no contrató gente de la localidad en ningún tipo de obras.



Entrevistas a Moisés Irumenga. Presidente de una de las Comunidades Huaorani, ubicada en la Parroquia Chontapunta. (18/09/2014).

“Digo educación porque en ese tiempo habían unos misioneros que trabajaban por la educación, que nos decían qué debemos hacer y para qué... fue un tiempo, no fue permanente. Los del Instituto Lingüístico de Verano que vinieron y realizaron algunas entrevistas y como nosotros teníamos siempre que proteger nuestra cultura, no se han dejado” (Irumenga, Moisés. Entrevista personal. Sep. 18. 2014).



Entrevistas a Juan Luis Grefa, Ex-Presidente de la Comunidad Yuralpa Centro. (19/09/2014).

Las **relaciones de la Compañía con las comunidades** adolecían de poca equidad y motivaban problemas internos y entre las agrupaciones: *“En ese tiempo la Perenco negociaba con los líderes, y ellos no tenían la relación directa con las verdaderas necesidades de la comunidad, y no había la información necesaria, y la empresa solo les cogían a los dirigentes y negociaban y la población no sabía en que quedaba la negociación”* (Irumenga, Moisés. Entrevista personal. Sep. 18. 2014).

Alteración de costumbres e intentos de cambios culturales a través de la educación:

La empresa hizo aportes menores para la **educación** que se ofrecía a los habitantes, y contribuciones escasas en aspectos de **salud**, a la vez, fue la causa de que los caudales usados para el consumo de agua se hallasen contaminados y que la población de los alrededores hubiere sufrido de problemas digestivos: *“Nosotros tomábamos el agua de estero porque era nuestra única fuente de agua y como estaba contaminado nos daba vómito, diarrea”* (Nemguimo, Antonio. Entrevista personal. Sep. 18. 2014); también se produjeron afecciones a la piel: *“Debido a que nos bañábamos con agua contaminada teníamos problemas en la piel”* (Nemguimo, Antonio. Entrevista personal. Sep. 18. 2014); *“Los niños tenían problemas en la piel porque se bañaban en agua contaminada”* (Irumenga, Moisés. Entrevista personal. Sep. 18. 2014);

Modalidades limitadas y reducidas concesiones para la comunidad: *“Ellos para instalar todo lo que es la tubería nos ayudaban con los materiales, no con el dinero, entonces no podíamos pedir una obra un poco más grande, teníamos que esperar que pasen dos años para reclamar otra obra”* (Nemguimo, Antonio. Entrevista personal. Sep. 18. 2014).

“Yo tengo manchas en la boca y en los brazos por la contaminación” (Grefa, Juan Luis. Entrevista personal. Sep. 19. 2014). *“Construyó un dispensario médico y pagó a los profesionales hasta que asumió la gestión de este servicio la Dirección Provincial de Salud de Pastaza”* (Andrango, Rafael. Entrevista personal. Sep. 15. 2014).

Niveles de conflictividad provocados por las empresas

En registros del Ministerio del Ambiente se encuentran los referentes a convenios e incidencias producidas en las relaciones entre empresas petroleras con los grupos sociales de la respectiva zona de operación, según indica la siguiente tabla:

Los datos revelan la tendencia de ciertas empresas (Perenco y Petrobras) a sostener un relativo control grupal mediante convenios, bajo condiciones propuestas por las compañías y aceptadas sin mayor información ni asesorías por las comunidades. La mayor parte de los conflictos se producían por el incumplimiento de lo acordado y por la permanente falta de diálogos, consultas y comunicación. En muchos casos hubo intervención de la fuerza pública en contra de los pobladores y campesinos.

Casos de afectación a los derechos humanos

En reporte entregado por la Defensoría del Pueblo, a fines de 2014, se han detectado denuncias presentadas por personas y grupos sociales afectados en sus derechos por intervenciones de tres empresas (Chevron, Perenco y Repsol) y que acuden ante la instancia oficial en busca de soluciones. Los casos expuestos confirman los atropellos expuestos en las visitas realizadas por CAITISA, así como los referidos en estudios documentados.

La población afectada, por cierto numerosa, ha recurrido a órganos de ordenamiento y justicia, previa la Defensoría del Pueblo; sin embargo, ha sufrido las dificultades de enfrentarse con poderosas empresas petroleras que han controlado cualquier obstáculo en su entorno. Así es como perciben la realidad los perjudicados que no han recibido compensación alguna por sus derechos quebrantados.

Número de Convenios, Conflictos y Reclamos

Operadora	CONVENIOS		RECLAMOS		CONFLICTOS	
	Originales	Renegociaciones	Cantidad	Causas Predominantes	Cantidad	Causas predominantes
Encana	8	0	2	Incumplimiento de compensaciones. Daño ambiental. Actividades sin consulta previa o ambiental		
Occidental	3	1			2	Cierre de vías por desatención a pedidos comunidad
Perenco	52		6	Incumplimiento de Compensaciones.	5	Malestar de moradores por presencia empresa
Petrobras	30	5	41	Incumplimiento de compensaciones. Daño ambiental. Afectaciones a la producción. Actividades sin consulta previa. Daños a infraestructura comunitaria	4	Falta de diálogo entre las comunidades.
Repsol	3	0			1	Detención de comuneros
City Oriente					2	Uso fuerza y violencia de la Policía

Fuente: Ministerio del Ambiente, Conflictividad SIESAP-HN-1.

Elaboración: CAITISA.

Impactos y pasivos ambientales: áreas investigadas

Las tendencias legislativas ambientales han pasado desde la concepción sanitaria en los años 70, aplicada en la regulación de permisos, hasta la conservacionista de los años 80 y la concepción actual que vincula actividades productivas y extractivas con el desarrollo sustentable como eje rector de las mismas. La legislación ambiental ecuatoriana ha recibido un sitio destacado con la aprobación de la Constitución del 2008⁸⁵, donde se reconoce a la naturaleza como sujeto de derecho.

En hidrocarburos

Las actividades de hidrocarburos desarrolladas en el país han constituido la principal fuente de riqueza en las cuatro últimas décadas, aunque los ingresos han sido generosamente compartidos con las compañías extranjeras contratistas. El costo para el patrimonio natural está representado en la huella ecológica de variada intensidad que ha dejado, en la mayoría de las intervenciones, la exploración y explotación del recurso.

- **Definiciones.** De acuerdo con la nomenclatura ambiental y la información registrada, la alteración del entorno y los incidentes causantes de contaminación tienen que ver con factores operacionales, eventos naturales y, ocasionalmente, con atentados. Tales eventos son: **derrames** que se extienden desde pozos o ductos hacia terrenos, ríos o lagos, también se producen en tanques y

terminales de almacenamiento; **piscinas**, o sea excavaciones para depósito de desechos químicos, lodos, rípios de perforación y pruebas de producción; **fosas**, excavaciones menores, en promedio 2m x 2m x 3m que se realizaban, como mala práctica, cerca de las orillas de los ríos, lagunas o pantanos para confinar el material contaminado producto de los derrames de hidrocarburos. Las estructuras hidrocarburíferas también causan afectaciones ambientales y son: **pozos, plataformas, estaciones, mecheros, complejos industriales y refinerías.**

- **Información del Ministerio de Ambiente.** En ese marco de definiciones el Ministerio informa sobre la magnitud de pasivos ambientales registrados por las operadoras de campos hidrocarburíferos (se excluyen los datos de TEXACO, porque se presentan en título separado).

Si bien se indica el número de piscinas abiertas como depósitos de desechos en cinco de las seis empresas, hay datos muy escasos sobre sus extensiones. Sin embargo, se puede suponer la liberalidad con que se excavaban espacios y se dejaban sin tratamiento ni remediación alguna. La población afectada corresponde a la registrada en el Censo Poblacional de 2001, en las parroquias de ubicación de los campos.

85 Principales leyes consideradas en la investigación de impactos ambientales: Ley de Gestión Ambiental, del 30 de julio de 1999; Ley de Hidrocarburos, Ley de Fomento de Energías no Convencionales, Ley de Regulación de la Producción y Comercialización de Combustibles en el Ecuador, Ley Especial de Descentralización del Estado y Participación Social (8 de octubre de 1997), Reglamento Sustitutivo del Reglamento Ambiental para las Operaciones.

Pasivos ambientales: piscinas

EMPRESA OPERADORA	PISCINA		UBICACIÓN		POBLACIÓN AFECTADA
	Número	Extensión (m ²)	Parroquia	Cantón - Provincia	
<i>CITY</i>	Sd	Sd	Tarapoa	Cuyabeno - Sucumbíos	5 185
<i>PETROBRAS</i>	10	SD	San Sebastián del Coca, Tres de Noviembre,	Joya de los Sachas - Orellana	6 980
<i>ENCANA</i>	2	Sd	Dayuma	Orellana - Orellana	11 695
<i>OXY</i>	12	Sd	El Eden, Pompeya, Limoncocha, Unión Milagreña	Orellana, Joya de los Sachas, Shushufindi - Orellana, Sucumbíos	9 215
<i>PERENCO</i>	37	1 200	Chontapunta, Puerto Francisco de Orellana, Nuevo Paraíso	Tena - Napo, Orellana - Orellana	35 289
<i>REPSOL</i>	53	42 349	Cononaco, El Edén, Alejandro Labaka	Aguarico, Orellana	2 496

Notas: Sd: El dato no se encuentra en la base. En Perenco, la extensión corresponde a 5 piscinas. En Repsol, la extensión corresponde a 14 piscinas.

Fuente: Ministerio de Ambiente, SIESAP-HN.

La contaminación que produjeron las piscinas abiertas fue altamente nociva, en especial, por la falta de revestimientos de las paredes, hecho que daba lugar a filtraciones de los componentes tóxicos de los hidrocarburos, aguas de formación y metales pesados hacia los terrenos, volviéndolos improductivos. Si estaban cerca de esteros y ríos, los flujos llegaban a los caudales con sustancias mortíferas para los peces y animales que accedían a esas aguas. Los habitantes no estaban libres de afectaciones a la salud, con peligro de muerte si se dificultaba la atención médica. Frecuentemente, padecían enfermedades que marduraban en el largo plazo.

Pasivos ambientales: derrames

EMPRESA OPERADORA	DERRAME			UBICACIÓN		POBLACIÓN AFECTADA
	Área (m ²)	Volumen (Barriles)	Causa	Parroquia	Provincia	
<i>ENCANA</i>	Sd	Sd	Falla Mecánica	Dayuma	Orellana	11 695
<i>OCCIDENTAL</i>	4 893	10	Falla Humana	Limoncocha	Sucumbíos	3 819
<i>REPSOL</i>	79 000	2 500	Corrosión	Cononaco	Orellana	359
<i>PETROBRAS</i>	Sd	Sd	Falla Humana	Tres de Noviembre	Orellana	3 138
<i>PERENCO</i>	41 985	583	Evento Natural, Falla Mecánica, Falla Humana, Atentado.	Chontapunta, La Belleza, Nuevo Paraíso, Puerto Francisco de Orellana, San Luis de Armenia	Orellana, Napo	41 434

Notas: Sd: El dato no se encuentra en la base.

Fuente: Ministerio de Ambiente, SIESAP-HN.

Elaboración: CAITISA.

Los derrames son las peores causas de contaminación. Se producen, generalmente, por fallas operacionales como corrosión, negligencia o malas prácticas; también pueden generarse por atentados, desastres naturales y motivos delincuenciales.

Contenidos de informes periciales y trabajos de campo.

A los informes entregados por la Procuraduría General del Estado, que forman parte de la defensa jurídica en los procesos judiciales internacionales,

se suman las observaciones en los lugares realizadas por CAITISA durante el trabajo de campo en los bloques operados hasta 2006 por **Occidental**, 7 y 21 a cargo de **Burlington** y **Perenco**, al campo Pata y Palo Azul operado por **Petrobras**, a los pozos de Aguarico (cantón Lago Agrio) y al campo Sacha, bloque 60 (cantón Joya de los Sachas), estos últimos intervenidos por la compañía Texaco, hoy a cargo de Chevron, de lo cual hay lugar a las siguientes afirmaciones:

De la época en que OXY operó los bloques 15 y 12, así como Burlington y Perenco en los bloques 7 y 21, la comunidad manifiesta:

- Los mecheros y los generadores han interferido con las actividades de caza y pesca. Han desaparecido las especies.
- Cambios en el potencial turístico. Pérdida de belleza natural. Desaparecieron luciérnagas que iluminaban en la noche alrededor de la laguna Limoncocha.
- Prácticas poco responsables de la empresa Perenco, en aspectos técnicos, con graves afectaciones ambientales, cuando, en fases de estudios sísmicos, se enterraba pentolita a 20 metros de profundidad y se provocaban explosiones en lugares con ojos de agua (Testimonio de Camilo Greña y Roberto Francisco Audi; Unión San Miguel, parroquia El Coca).

Por prácticas similares de siembra de pentolita, por parte de la empresa petrolera CGC, que intervino el bloque 23, en asociación con Burlington y Perenco, la comunidad Kichwa Zarayaku realizó una demanda en 2003, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos. Obtuvo una sentencia favorable en junio de 2012, que le significó al Estado ecuatoriano, a más del retiro del material nocivo, efectuar indemnizaciones pecuniarias, compromisos de consultas previas, la capacitación a funcionarios en temas de derechos humanos de los pueblos indígenas y el pedido de disculpas en actos públicos.

En Informes periciales se describe que la amenaza de suspensión de actividades por parte de **Burlington**, planteada en forma unilateral y especulativa, pretendiendo configurar una supuesta expropiación, puso en riesgo de daño medioambiental significativo a los Bloques 7 y 21, debido a las fugas y/o derrames relacionados con el cierre. Ante tal riesgo inminente, el Estado ecuatoriano se vio obligado a intervenir y prevenir el daño mecánico, medioambiental y en los yacimientos. Sin embargo, la empresa extranjera se declaró como perjudicada ante los tribunales internacionales.

Igualmente, se encuentran cuestiones graves respecto del estado en el que Perenco abandonó los Bloques 7 y 21, a pesar de la alta fragilidad ambiental de ese sector de la selva amazónica. Lejos del cuidado razonable que debía tener una empresa de prestigio, Perenco, se interesaba más por los bajos costos, antes que por las medidas necesarias para preservar el medio ambiente. Según los mismos informes, Perenco decidió adquirir campos maduros que se encontraban en el final de su vida productiva, a efectos de invertir lo menos posible. También

incurrió en el engaño y el ocultamiento hacia las autoridades ecuatorianas, sobre daños en los Bloques y campos adyacentes.

Los expertos ambientales independientes que contrató Ecuador, Integrated Environmental Management Services, S.A. de C.V. (IEMS), detectaron un importante deterioro ambiental respecto al suelo y el agua subterránea en los Bloques 7 y 21. En el lugar, importantes volúmenes de suelo y aguas subterráneas se encuentran contaminadas con hidrocarburos y/o metales pesados (zinc, bario, cobre, cromo, níquel) en todas las siete instalaciones de los bloques sometidas a prueba y emisiones atmosféricas, por mezclas indebidas de diesel y crudo en los motores de generación de energía, convertidos en gases potencialmente dañinos para la población local, así como para la fauna y la flora de la zona. IEMS estimó, de manera conservadora, que los costos por impacto ambiental ascenderían, como mínimo, a USD 484,5 millones, sin considerar otras formas de daños a la salud pública y daños socio-ambientales.

En el campo Yuralpa, bloque 21, **Perenco** provocó la contaminación del agua del estero más cercano. Se usaba crudo para las vías abiertas que, con la lluvia se deslizaba hacia los riachuelos de la zona como describe una de las personas entrevistadas: “Perenco contaminó el agua del estero que queda aquí cerca, y el río también porque de lo que botaban en las carreteras bajaba al río, y no teníamos de dónde coger agua”. No realizó ningún tipo de remediación: “Perenco contaminó y ahí no más dejó, nunca limpió y ahí dejó todo” (Nemguimo, Pancho. Entrevista personal. Sep. 18. 2014).

En la versión ampliada de este Informe se describen los perjuicios generados en el bloque 7 y en el campo Coca-Payamino, también en el bloque 21 –operados por Perenco y Burlington–, la magnitud de los mismos, los impactos contaminantes en cultivos, pesca y más actividades productivas de las comunidades existentes en los territorios incluidos, así como afectaciones a la diversidad natural, la flora y la fauna silvestre; todo ello por falta de mantenimiento adecuado y el uso de tecnología antigua y obsoleta para ahorrar costos.

Otros testimonios de impactos ambientales se receptaron en la visita realizada al campo Pata y Palo Azul operado por **Petrobras**. Los comuneros de la zona informan sobre casos de contaminación, tanto del agua como de los derrames en la traspasación de crudo:

“Aquí hubo contaminación pero Petrobras nunca lo sacó al aire, la comunidad siempre reclamaba pero ellos tenían las de ganar, lo que principalmente contaminaron es el estero, porque a mí se me murieron como 7 cabezas de ganado, yo reclamé pero nunca me reconocieron nada” (Bravo, Hermel. Entrevista personal. Sep. 15. 2014).

“Mal manejo o mala maña del manejo de los oleoductos, con la mala maniobra, a veces han existido derrames en las quebradas, y de esto se conformó una cuadrilla de contingencia en todas las quebradas y esteros y lo priorizaron para que no haya más derrames.” (Grefa, Miguel. Entrevista personal. Sep. 16. 2014).

Auditorías integrales efectuadas por el MAE a las empresas Ecuador TLC que operó el bloque 18 (campo Palo Azul y campo Pata) y City Oriente en el bloque 27, informan sobre accidentes menores que fueron remediados y el suelo saneado siguiendo buenas prácticas ambientales y conforme a la normativa ambiental vigente y aplicable; descargas de aguas industriales y domésticas, que fueron re-inyectadas. Han desarrollado programas de relaciones comunitarias y suscrito convenios con ocho comunidades del área de influencia, también con el Gobierno Municipal de Joya de los Sachas, con el Gobierno Provincial de Orellana y con la Dirección Provincial de Salud en El Coca. En la consulta con esas instituciones han manifestado el cumplimiento de lo acordado.

Daños ambientales en área de la Refinería Estatal de Esmeraldas.

Entre los documentos que integran el expediente del caso de la demanda de Técnicas Reunidas que lleva la Procuraduría General del Estado se relata el incumplimiento del **proyecto**, las fallas de diseño y construcción que ocasionaron vertidos, medidos desde 1997 hasta 2006, de 2,230,000 mts³ de aguas residuales, sin el debido tratamiento, hacia los ríos de la provincia de Esmeraldas, causando alto impacto ambiental. No obstante, la empresa extranjera demandó ante el CIADI por haberes supuestamente adeudados. El conflicto concluyó en 2008, por acuerdo entre las partes.

Caso agravado: Chevron

La información que se presenta en este punto, en parte, ha sido extraída de los informes periciales del juicio entablado por la agrupación de afectados por la Texaco y que mereció sentencia condenatoria por parte de la Corte Provincial de Sucumbíos. También se incluyen las observaciones y testimonios

obtenidos en las visitas realizadas por el equipo de CAITISA, conforme se anota en cada ocasión.

Entre 1967 y 1990 la compañía TEXACO desarrolló operaciones de exploración y explotación petrolera en la Amazonía ecuatoriana, en consorcio inicial con la empresa GULF y la empresa estatal CEPE. Luego salió GULF y adquirió su participación CEPE; pero en todo el tiempo, las fases exploratoria y de explotación estuvieron a cargo de la operadora de TEXACO, llamada TEXPET.

El área de concesión abarcaba aproximadamente 400.000 hectáreas. La operadora perforó 356 pozos en 28 campos; construyó 22 estaciones de producción y varias subestaciones, además del Oleoducto SOTE.

Así, TEXACO extrajo 1.312,9 millones de barriles de petróleo, vertió al ambiente de 16.000 a 18.000 millones de galones de agua de formación y quemó 230'464.948 pies cúbicos de gas. Construyó casi 2.000 km de carreteras y caminos.

Derrames registrados.- Por tres causas principales se produjeron derrames calculados en 26.388,62 barriles durante la operación de TEXPET: el 20,4% (5.389 barriles) fueron por fuerza mayor, el 1,02% (276 barriles) fueron atribuibles a personas ajenas a la operadora y el 58,8% restante (20.723 barriles) por problemas en la operación petrolera. En estas fallas de operación, la mayor parte (58%) puede considerarse normal, pero también se dieron por corrosión (30,85%) y por negligencia o malas prácticas un 11,06%.

Contaminación y daños en las zonas de derrames.- La mayor cantidad de impactos los sufrieron los ríos y esteros de la zona: el Río Quijos, el Río Shiripuno y, principalmente, el Río Aguarico. En abril de 1976 se documentó el primer derrame sobre el Río Aguarico; de inmediato, se registró la contaminación de este mismo río por derrame de diesel. Se mencionan varios más en el Pozo Lago Agrio N° 15 y en líneas de cruce fugas de diesel.

Inventario de piscinas.- Se ubicaron 916 piscinas, mediante fotointerpretación aérea 832; las 84 piscinas restantes fueron constatadas en inspecciones de campo. Hasta 1976 se abrieron al menos 287 piscinas en los campos Aguarico, Auca, Lago Agrio, Palo Rojo, Sacha y Shushufindi.

Afectaciones ambientales.- Las actividades de explotación de petróleo a cargo de Texaco produjeron la liberación de sustancias químicas tóxicas en el ambiente. En estos espacios la vida acuática está expuesta a los hidrocarburos solubles en agua, como bitex y sustancias contaminantes inorgánicas como

el cloruro, cadmio, cromo, cobre, níquel y plomo. Las concentraciones de estas sustancias contaminantes que se midieron en los ríos y arroyos en la concesión, hacen a estas aguas no aptas para la biota acuática.

Los datos de suelo del lugar indican que las concentraciones de Hidrocarburos Totales de Petróleo (TPH), bario, cobre, cromo y zinc son los suficientemente altas para producir toxicidad en plantas, invertebrados, aves y mamíferos. Se detectaron 1.618 casos de pérdidas de tierras junto con daños a las propiedades (construcciones) por derrames de oleoducto, roturas de piscinas, la sísmica, vertidos a ríos y esteros, las mismas instalaciones petroleras y la construcción de carreteras.

Costos de la remediación del suelo.- El proyecto de eliminación de piscinas contaminadas en el distrito amazónico (PEDPA) está diseñado para el saneamiento de los suelos contaminados dentro y en los alrededores de algunas piscinas de desechos en la concesión. El costo total estimado para remediar el volumen de los suelos contaminados en todo el sitio de USD \$1.852'000.000.

Impactos sobre las condiciones de vida y los derechos humanos

Componente étnico, cultura y costumbres

Se estima que antes de la llegada de Texaco a la Amazonia ecuatoriana, la población y extensión territorial era aproximadamente la siguiente:

1. Secoyas 380 personas en tres territorios (San Pablo 7 043 ha;
2. Secoya Remolino 24,371 ha, Campo Eno (8,000 has.)
3. Siona 350-400 personas (territorio 47,880 ha);
4. Huaoranis 2,200 personas (2 millones de has) (pág. 18).

Otros grupos, la población de los Kichwa asociada a la Federación de Organizaciones Indígenas de Sucumbíos Ecuador, son 56 comunidades. En Orellana, en la Federación de Comunas Unión de Nativos de la Amazonia Ecuatoriana (FCUNAE) hay 78 comunidades Kichwa de base, en comunidades de 100-250 habitantes. Los Shuar son 17 comunidades en Orellana, en Sucumbíos hay 10 comunidades, con 1,500 personas.

Para los pueblos indígenas la vida está determinada por tres elementos básicos que son: Territorio, Alimentación y Tradiciones culturales.

Con el inicio de la actividad petrolera las nacionalidades Cofan, Secoya, Siona, Huaorani se vieron

obligadas a desplazarse de sus tierras ancestrales, por las alteraciones del ecosistema que impedían sus actividades de subsistencia, especialmente la alimentación que provenía de la cacería, pesca y recolección de productos del bosque; la estructura familiar bastante amplia se vio fragmentada y algunos pueblos fueron sometidos con la introducción del alcohol y el dinero.

Afectaciones colectivas a la salud.- Los informes periciales citados incluyen un estudio psicosocial que se fundamenta en la encuesta realizada a 1,064 familias que habitaron en áreas cercanas a los pozos de Texaco. El 69,0%, o sea 734 familias, estaban constituidas por mestizos, el 30% familias indígenas y el 1% afroecuatorianos. Respondieron que hubo 306 casos de cáncer: de estómago, el 20,27%, de útero 19,6% y leucemia con 9,3%; del total de casos, el 10,2% fueron menores de quince años.

Quejas y Demandas.- Se conoce que 214 personas presentaron demandas de manera particular, la mayor parte, por pérdida de cultivos; otras, por enfermedades ocasionadas por la contaminación, por experiencias de represión y maltrato de parte de operadores de la compañía y amenazas recibidas.

Constancia de un reclamo oficial en la época se encuentra en el oficio 83-294-GPN de 21 de marzo de 1983, dirigido por el Gobernador de la Provincia de Napo, Ney Estupiñán Recalde, al Ing. René Bucaram, Gerente General de Texaco, donde expone lo siguiente:

“Es clamor ciudadana señor Gerente de TEXACO el grave perjuicio que se está ocasionando en el sector de Shushufindi por la contaminación de las aguas, ríos, esteros, y quebradillas, por el arrojado de desechos hidrocarbúricos de que están siendo objeto por parte de trabajadores del Consorcio CEPE- TEXACO.

Por lo expuesto en la forma más comedidamente me permito solicitar a usted se digne arbitrar las medidas conducentes a evitar que se sigan causando estos daños, que como no escapará a su ilustrado criterio, a la postre llegará a ser incalculables repercusiones para el sistema ecológico y sobre todo para el sector agropecuario de la zona.”

Observaciones y testimonios obtenidos en trabajo de campo de la auditoría

Lo que sigue a continuación son evidencias captadas en el **trabajo de campo** realizado en áreas de los pozos de Aguatico (cantón Lago Agrio) y campo Sacha - bloque 60 (cantón Joya de los Sachas).

En la primera visita, a más de constatar daños ambientales ocasionados durante el tiempo de

explotación en los pozos Lago2, Lago 20, Estación de Reinyección Lago Norte y Aguarico 4, se efectuaron entrevistas a personas y grupo étnico perjudicados, cuyas evidencias permanecen a la vista. El recorrido fue captado en video, lo que permite un completo registro audiovisual que complementa este informe.



Foto: Muestra de la tierra contaminada dentro del pozo cerrado Lago 2. (12/09/2014).



Foto: Tubo cuello de ganso para desfogar en estero. Zona del pozo Aguarico 4. (12/09/2014)



Foto: Comunidad Cofan, cruzando el Río Aguarico. Parroquia Dureno. (12/09/2014).

Se encontraron vastas extensiones de terrenos que fueron piscinas “remediadas”, unas antes de 1990, preparadas (taponadas) para la entrega de campos a la Empresa Estatal CEPE; otras cubiertas rústicamente con piedras y tierra entre 1995 y 1998, para firma del contrato con el Presidente de entonces, Sixto Durán Ballén y recibido a satisfacción por Jamil Mahuad.

En cualquier lugar, a poca profundidad, se perciben restos de petróleo, por el color de la tierra y el olor.

Se vieron tubos “cuello de ganso” que desfogaban el agua de formación de las piscinas hacia los esteros cercanos, cuyos lechos mantienen los residuos tóxicos y metales pesados.

Sobre los terrenos contaminados hay viviendas de campesinos que subsisten en espacios reducidos porque, además, sus tierras fueron tomadas por la Texaco sin compensación alguna. Los esteros cercanos están contaminados, de manera que carecen de agua para subsistencia y crianza de animales. Se abastecen eventualmente con agua de tanqueros surtidos por la respectiva municipalidad.

En el pozo Aguarico 4 está una de las 33 piscinas que siguen abiertas; se estima que después de la “remediación” de Texaco y la entrega en 1998, quedaron 300 piscinas abiertas; algunos esfuerzos de limpieza no culminados han estado a cargo de Petroamazonas desde 2008. Esta piscina de 60x40 se ubica en un pantano extenso, en partes con 100 m de ancho y una prolongación de 800m.

Las entrevistas efectuadas dieron testimonio de enfermedades desconocidas para los nativos y colonos que resultaban incurables, era inútil la medicina ancestral y culminaban con la muerte. Se trataba, generalmente, de cáncer, como relata el dirigente de la comunidad Secoya:

“Y nosotros cuando reaccionamos fue cuando empezó a morir la gente con algunas enfermedades desconocidas para nosotros porque los shamanes no las conocían. Las mujeres morían porque tenían muchas hemorragias, tenían algunos tumores en los ovarios, en la garganta, en el estómago” (Piaguaje, Humberto. Entrevista personal. Sep. 11. 2014).

Por falta de registro o registro erróneo de la muerte de las personas, en los años 80, se desconoce la magnitud de la mortalidad causada: *“Mi madre murió de envenenamiento y en su acta de defunción la razón de su fallecimiento se da por un shock cardíaco, o sea que se le paralizó el corazón, a todos los registraban así, ya que a todo muerto se le paraliza el corazón, lo que pasa es que como en ese tiempo aquí no había especialistas,*



Entrevistas a Mariana Jiménez (Estación Lago Norte) (12/09/2014)

Otro testimonio: “Texaco ha sido un terrible criminal que para nosotros no solamente nos debe la tierra, nos debe la vida, porque para mí tres veces he tenido que salir a Quito ya sin conocimiento, porque yo perdí 3 niños por aborto” (Jiménez, Mariana. Entrevista personal. Sep. 12. 2014).

solo médicos generales y te ponían cualquier cosa la causa de muerte” (Moncayo, Donald. Entrevista personal. Sept. 12. 2014).

Consecuencia fundamental de las actividades negligentes de la compañía es la afectación a la existencia misma de pueblos ancestrales y la reducción y hasta destrucción del hábitat nativo, en muchos casos con apoyo de la fuerza pública. El equipo dialogó al respecto con el dirigente de la nacionalidad Cofán, a orillas del río Aguarico, quien dijo:

La segunda visita a las áreas intervenidas por la Texaco para la explotación petrolera se realizó al campo Sacha- Bloque 60, el cual se encuentra bajo jurisdicción de Amazonía Viva, entidad pública creada por la actual administración para la remediación de piscinas dejadas en el lugar.

Los pasivos ambientales dejados por Texaco se encuentran mayormente en zonas boscosas y constituyen una evidencia contundente de las afectaciones provocadas por la transnacional.

Las siguientes expresiones dan cuenta de los trastornos sufridos, como parte de una abierta y recurrente violación de los derechos humanos de los

pobladores, en la zona de intervención de la petrolera Texaco:

“Por ejemplo el señor que vivía junto a mi casa murió con cáncer, otro señor murió con lo mismo. La tía de mi señora que vivía en mi casa murió con cáncer, el esposo con cáncer a la próstata. Ahora recién fallece mi nieto aquí por una enfermedad del corazón que la verdad no sé si sería por la contaminación, eso deberán determinar los médicos y a causa de eso mi señora está con derrame cerebral ya 11 meses. Los médicos nos han recomendado que salgamos de aquí ya que vivimos sobre la contaminación” (Baños, Aníbal. Entrevista personal. Sept. 16. 2014).

“Uno de mis niños que nació aquí me salió sordomudo por causa de la contaminación y sufrimos mucho con el niño, pasamos buscando quien nos ayude” (Intriago, Enrique. Entrevista personal. Sept. 16. 2014).

“Hace 36 años perforaron este pozo, ni Texaco ni nadie ha indemnizado nada y yo todavía sigo pagando al municipio los impuestos ya que son mis tierras” (Intriago, Enrique. Entrevista personal. Sept. 16. 2014).

“Ellos se creían dueños de la zona y hacían piscinas donde querían, y me dijeron que si ellos quisieran, pueden hacer una piscina dentro de mi casa”(Intriago, Enrique. Entrevista personal. Sept. 16. 2014).

“Nosotros antiguamente teníamos toda la selva y andábamos tranquilamente, pero ahora con la Texaco se vinieron también los colonos, y ellos siguen trabajando y cogiendo las fincas y después nos impiden el paso, dicen que por allá no podemos andar, ni de pesca ni de cacería, y se va reduciendo el espacio para sobrevivir” (Chapal, Silvio. Entrevista Sep. 12. 2014).

Entrevista a Profesor Silvio Chapal, perteneciente a la comunidad Cofán. (12/09/2014)



Los daños causados en sus territorios, la ausencia de respeto y solidaridad, la falta de medios de subsistencia por desplazamientos y los cambios arbitrarios a su hábitat, han configurado ambientes inhóspitos y la agobiante pobreza que aquejó a los pueblos involucrados.

Sector electricidad

El segundo grupo de demandas corresponde al sector eléctrico. El ámbito de acción de las empresas es nacional, en uno de los casos, por contratos que se celebraron con la institución rectora del sector a la fecha de suscripción. Los cuatro casos restantes son de ámbito provincial (tres empresas en Guayas, principalmente para la ciudad de Guayaquil; y, en El Oro, la zona de explotación de gas para producción de energía).

Los cinco casos de conflictos planteados del sector eléctrico están, a la fecha, concluidos con diferentes resultados:

- MCL Power Group L.C. y New Turbine INC: Laudo a favor del Estado (2007)
- Duke Energy Electroquil Partners: Laudo a favor del inversor (2008); el Estado pagó USD \$10'776,178.
- Empresa Eléctrica del Ecuador-EMELEC: Laudo a favor del Estado (2009).
- Ulyseas Inc.: Laudo a favor del Estado (2012).
- Machala Power – Noble Energy Inc.: Acuerdo entre las partes. No hubo laudo (2009).

La empresa EMELEC corrió la aventura de demandar al Estado ecuatoriano bajo audaces circunstancias de irregularidades, como que ni siquiera se trataba de inversión extranjera y el deficiente servicio de energía eléctrica a la ciudad de Guayaquil. El Tribunal de Arbitraje del CIADI emitió un laudo a favor del Estado.

Los demás casos de demandas protagonizadas por empresas de sector eléctrico se relacionan con divergencias contractuales e incumplimientos que llevan a las instituciones ecuatorianas responsables del sector a declarar terminación de los contratos y a las medidas de ordenamiento como las dispuestas en Mandatos Constituyentes.

Minería

Sigue el sector de minería, con tres empresas que presentaron demandas; obviamente, tienen áreas locales concesionadas, dos en provincias de la región amazónica: Napo (Pungarayacu) y Zamora (Nambija), y una en Imbabura, al norte del país. Los tres procesos están abiertos.

- RSM Production Corporation que inició actividades con el proyecto Cotundo, en 2006. La notificación de arbitraje fue en 2010, en el CIADI.
- Zamora Gold Corporation, arrancó operaciones de exploración en el año 1986, con el proyecto Cumaratza. Notificación de arbitraje en 2011.
- Copper Mesa Mining Corporation, operó desde 1975 en la parroquia de Junín, en Imbabura. Notificación de arbitraje en 2012.

Los cambios institucionales por los que ha atravesado el sector minero han dificultado drásticamente la posibilidad de obtener información específica de las empresas. Con tal restricción, se cuenta con las referencias y evidencias que fueron obtenidas en consultas a funcionarios de entidades oficiales y en los informes periciales de los procesos judiciales que sostiene la Procuraduría General del Estado.

En la versión ampliada se detallan las incidencias causadas por las empresas Zamora Gold Corporation, vinculada a los entonces propietarios de bancos ecuatorianos Hermanos Isaías y Alejandro Peñafiel, y por Copper Mesa Mining Corporation, advertida por los severos impactos ambientales en la región que incluían la contaminación del agua (concentración de plomo, arsénico y cromo hasta 100 veces su contenido natural), una extensa deforestación y desertización de la zona, así como implicaciones sociales, como la reubicación parcial forzada de las comunidades locales.

Maximización del lucro empresarial: Prácticas especulativas de las empresas extranjeras

Diferencias entre domicilio y nacionalidad declarados

Una primera anomalía se ha detectado en los registros estadísticos que entrega la Superintendencia de Compañías donde aparecen curiosas diferencias en las declaraciones de domicilio, nacionalidad y luego, las mismas compañías recurren a otro país contraparte de TBI suscrito con Ecuador para, en calidad de nacionales de ese otro país, plantear litigios ante tribunales del exterior.

NACIONALIDAD SC	No. EMPRESAS
Bermudas	3
Bahamas	2
Islas Gran Caimán	1
Panamá	1
Estados Unidos	6
Ecuador	5
Canadá	1
España	2
Brasil	1
TOTAL	22

DOMICILIO	No. EMPRESAS
Estados Unidos	13
Canadá	3
Francia	1
España	2
Brasil	1
Bolivia	1
Otros	1
TOTAL	22

Fuente: Superintendencia de Compañías.

Elaboración: CAITISA.

- La nacionalidad declarada⁸⁶, en siete de las 22 empresas señalan a países identificados como paraísos fiscales (el detalle más adelante), seis son de los EE.UU., cinco de Ecuador (registradas como subsidiarias locales de empresas extranjeras), dos de España; una de Canadá, y una de Brasil.
- Sin embargo, de las mismas 22 empresas, 14 alegan domicilio en EE.UU., 3 en Canadá, dos en España y una en cada restante país (Francia, Argentina⁸⁷, Bolivia) con lo cual se amparan en los TBI de cada uno de estos países.
- Así, de 26 casos de demandas contra Ecuador que invocan TBI, 16 utilizan el TBI con EE.UU.; en 4 demandas, el de Canadá; 3 demandas el de España; y, el resto se acogen, uno por uno, a los TBI de Francia, Bolivia, y Argentina.

Es obvio que tales preferencias de distintos registros obedecen a especulaciones de los inversionistas para acrecentar ventajas y beneficios tantos como las menores –y hasta ninguna– obligaciones tributarias, los libres flujos de fondos, el menor riesgo en distorsiones cuando recurren a precios de transferencias ficticios y uso de la subcapitalización y la evasión de regulaciones y control. Con esa dualidad de registros se produce, también, caos informático

que dificulta la gestión de las instituciones en la calificación de préstamos intra-firmas, en la calificación de IED y en la identificación del origen de los capitales.

En esta investigación, ha sido posible colegir que existen vacíos legales y ataduras oficiales que desalientan para que funcionarios responsables de las correspondientes inscripciones y registros puedan exigir procedimientos transparentes.

Paraísos fiscales

Por otro lado, es muy bien conocido el perverso uso de los paraísos fiscales por parte de los titulares de la inversión extranjera, la liberalidad con que se establecieron negocios venidos de esos territorios y lo que significa para los estados la opacidad con que se manejan las operaciones y las transferencias monetarias; la consecuencia ha sido la fuga de capitales y la pérdida del legítimo derecho estatal de recibir retribuciones tributarias. Ecuador cuenta, recién desde el año 2008, con disposiciones legales y administrativas para identificar y limitar las relaciones con los declarados paraísos fiscales.

En tiempos anteriores se instalaron en el país las siete empresas comprendidas en la lista que sigue, de las 22 compañías que se auditan. Intervinieron en la extracción del petróleo y en la prestación de un servicio también estratégico, como la energía eléctrica; aprovecharon las ventajas que les brindaba el paraíso fiscal y con facilidad se acogieron a la protección de un TBI, sin corresponder a su nacionalidad, para colocar a Ecuador ante multimillonarias demandas que se ventilan en tribunales internacionales.

Empresas con Nacionalidad en paraísos fiscales

N°	NOMBRE	SECTOR	DOMICILIO	NACIONALIDAD SC	TBI INVOCADO
1	<i>Perenco Ecuador Limited</i>	Petrolero	Francia	Bahamas	Francia
2	<i>Empresa Eléctrica de Ecuador (EMELEC)</i>	Energía Eléctrica	Estados Unidos	Bahamas	Estados Unidos
3	<i>Chevron Corporation</i>	Petrolero	Estados Unidos	Bermudas	Estados Unidos
4	<i>Burlington Resources, Inc and others</i>	Petrolero	Estados Unidos	Bermudas	Estados Unidos
5	<i>City Oriente</i>	Petrolero	Estados Unidos	Bermudas	Estados Unidos
6	<i>Noble Energy Inc</i>	Energía Eléctrica	Estados Unidos	Islas Gran Caimán	Estados Unidos
7	<i>Murphy Exploration and Production Company International</i>	Petrolero	Estados Unidos	Panamá	Estados Unidos

Fuente: Superintendencia de Compañías.

Elaboración: CAITISA.

86 La Superintendencia de Compañías registra el certificado de nacionalidad que expide el Ministerio de Relaciones Exteriores en la asignación de visas categoría inversionista.

87 La empresa brasileña Petrobras se acogió al TBI con Argentina.

Estas son las empresas que han redondeado, sin recato ni consecuencia, ventajas a su favor:

Poca transparencia en conformación de consorcios

Por último, en la investigación por empresas se ha identificado a tres consorcios: Consorcio Bloque 7 y Bloque 21 (Perenco - Burlington), Consorcio Petrolero Bloque 18 (Petrobras - Ecuador TLC) y Consorcio Petrolero Bloque 16 (Repsol - YPF), cada uno de los cuales cuenta con su propio Registro Único de Contribuyente (RUC) y, sin embargo, no presenta registro ni información de ninguna clase en la Superintendencia de Compañías.

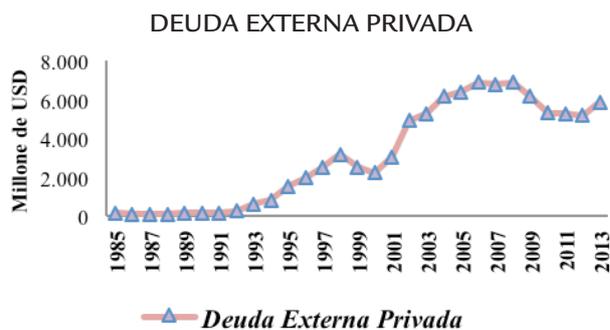
Prácticas de subcapitalización

Con significativos réditos ilícitos en el cumplimiento obligaciones tributarias, las empresas extranjeras utilizaron la figura de subcapitalización, que se volvió práctica común.

Entre los múltiples incentivos con los que contaban los inversionistas para atraer sus capitales al país, se admitía la deducción ilimitada de gastos por concepto de intereses y más gastos financieros por préstamos otorgados, en su gran mayoría, por las matrices de las empresas en el exterior, entidades relacionadas o instituciones financieras ubicadas en paraísos fiscales. Esto permitía sobredimensionar gastos, reducir la correspondiente base imponible y, en consecuencia, pagar un menor impuesto a la renta o inclusive presentar pérdidas, eludiendo el pago de dicha obligación.

La práctica de subcapitalización constituye uno de los aspectos de mayor relevancia en la auditoría, porque permite valorar y constatar procedimientos empresariales recurrentes para eludir responsabilidades tributarias, lo que, sumado a los beneficios y las concesiones legalmente otorgados, derivan en un enorme sacrificio fiscal y en un menor financiamiento público en el país receptor de la inversión.

Tendencias del endeudamiento externo privado. Para percibir la magnitud de abuso de empresas extranjeras que han disfrazado el ingreso de sus capitales en forma de créditos, se presenta el gráfico que sigue. Se observa el notable crecimiento de la deuda desde 1993, cuando se incentivó la apertura a la IED, se modificaron los contratos para ofrecer mayores ganancias en la actividad petrolera y se abrieron procesos de suscripción de tratados de protección bilateral de inversiones:



Fuente: Banco Central del Ecuador: 85 Años del Banco Central.

(Series Estadísticas Económicas) y Boletín Mensual N°1953 de noviembre 2014.

Elaboración: CAITISA.

La tendencia se invierte desde 2008, época en se dictó una normativa fiscal para controlar y limitar tales distorsiones.

Otro efecto de la distorsión del ingreso de capitales recae en la información estadística. Al comparar las cifras de préstamos con las de captación de inversión extranjera directa, poco crecientes e irregulares, se distancian notablemente en la década de los 90 y la primera década de los dos mil, de lo cual se presume que los datos estadísticos de los dos conceptos resultan irreales.

Existen procesos judiciales por glosas de subcapitalización, uno de ellos instaurado por el Servicio de Rentas Internas (SRI) a la empresa OXY, en cuyo recurso de casación, la Corte Nacional de Justicia, expresa respecto de los créditos con la matriz o sucursales relacionadas: “se trata de una operación entre compañías que constituyen un *conjunto económico*, por tratarse de empresas relacionadas que no es negado por la actora, que no existe relación deudor-acreedor, pues nadie puede contratar consigo mismo[...] recurrir a la figura de un crédito entre partes relacionadas, materializa un efecto económico, que es la deducción de intereses pagados, lograr beneficiarse de la deducción contemplada en el numeral 3 del art. 13 de la Ley de Régimen Tributario Interno, vigente en esa fecha, perjudicando el resultado final del ejercicio[...] la naturaleza de la operación crediticia se cuestiona, en tanto, únicamente se cubren intereses, mas no capital, lo cual hubiera sido la consecuencia de un verdadero préstamo[...]”⁸⁸

En 14 empresas y en la mayoría de ejercicios revisados, los créditos relacionados o intra-firmas cubre la mayor parte (en algunos casos superan el 90%) del pasivo.

88 Extracto tomado del Primer Cuerpo de la sentencia emitida por la Corte Nacional de Justicia (2013) al recurso de casación interpuesto por la OXY en contra del SRI, pág. 14 y 15.

Concesiones e incentivos que se han otorgado a la IED

El país ha ofrecido otras formas de beneficios para atraer los capitales extranjeros, como reducciones impositivas: la tarifa del Impuesto a la Renta que es una de las más bajas de la Región, concesiones, exoneraciones, escudos fiscales, liberalización por convenios para evitar la doble tributación y los precios reducidos, con alta ventaja internacional para usuarios empresariales del exterior en la oferta pública de bienes de consumo y servicios con subsidios asumidos por el Estado. Todo lo cual ha significado un considerable sacrificio fiscal al país.

Revelaciones sobre procedimientos críticos de Texaco

El proceso judicial seguido por la organización de afectados por la Texaco ha permitido que esta auditoría tenga acceso a documentos que revelan compromisos de autoridades nacionales con los directivos de la empresa en épocas en que se requería la defensa de los intereses nacionales⁸⁹.

Parte de esos documentos ejecutivos de Texaco Ecuador informan sobre el “mejoramiento” de las relaciones con el gobierno del momento presidido por Osvaldo Hurtado respecto del anterior, a cargo del fallecido Jaime Roldós, lo que permitió claras ventajas económicas para la empresa por el

incremento de la tarifa del oleoducto, y la elevación del precio del crudo para consumo interno, aplicado de forma retroactiva.

En otro documento se instruía desde exterior que se debían reportar sólo sucesos mayores (derrames) “que atraigan la atención de la prensa y/o de las autoridades regulatorias”⁹⁰. Esto evidencia el bajo nivel ético y el mínimo compromiso de los directivos de la empresa para asumir responsabilidades en los casos de daños y perjuicios al ecosistema de las concesiones otorgadas desde el inicio de las operaciones de explotación petrolera.

De igual manera, la carta que dirigió Donald G. Sawyer de Texaco Petroleum Company de Quito al Doctor J. M. Quevedo, Gerente la Oficina de Consortium, con fecha 1 junio de 1988, con el siguiente enunciado: “REVISIÓN DEL CONTRATO MC-E-OP-3010 OFERTA DE SOBORNO A AUDITORES”; en el contenido consta textualmente: “3. El informe relacionado con el soborno ofrecido a los auditores debe ser manejado separadamente”.

Esta es otra evidencia confesa de la falta de ética de la empresa que demanda al Ecuador por valores multimillonarios y que añaden beneficios a la muy extendida explotación de recursos naturales y económicos ecuatorianos.

89 Las diferentes transcripciones del punto 2.9 se toman de las versiones traducidas y notariadas, cuyos originales forman parte de los expedientes del juicio seguido por la agrupación de Afectados por la Texaco y que recibió sentencia condenatoria contra Chevron en la Corte Provincial de Sucumbíos.

90 Frase que forma parte de telex 2728 de 1ro. de junio de 1988, cursado, con carácter reservado, entre ejecutivos de Texaco Petroleum Company, con domicilio en Quito Av. 6 de diciembre No. 2816. La versión traducida, ha sido notariada y consta en el expediente del juicio sostenido por el grupo social de afectados por la Chevron en la Corte Provincial de Sucumbíos.”

CONCLUSIONES GENERALES



La negociación y suscripción de TBI por parte de Ecuador se inscribe en un proceso de aplicación de políticas, reestructuración institucional y normativa tendiente a favorecer el libre flujo de capital transnacional implantado en varios países alrededor del mundo y que fue, en gran parte, propiciado por el BM y el FMI.

El hecho empírico de aumento de flujos de inversión extranjera en América Latina en la década de los 90 se interpretó como una consecuencia de los TBI. Sin embargo, una revisión de la evidencia muestra que otras circunstancias, como la alta concesión de beneficios a compañías petroleras, contribuyeron a ese flujo de capitales, y que los TBI no fueron determinantes. Al mismo tiempo se constata que los compromisos contraídos por los TBI contribuyeron al debilitamiento de competencias oficiales de planificación, regulación y control del Estado y a minimizar la responsabilidad de las empresas transnacionales que trajeron sus capitales a Ecuador.

1. Desde 1965 Ecuador ha negociado 30 TBI, de los cuales veintisiete entraron en vigencia. La mayoría de estos fueron celebrados entre 1992 y 2002 en el auge del neoliberalismo en Ecuador. Se encontraban vigentes 26 TBI en 2008, año en cual el Ejecutivo adopta la decisión política de iniciar el proceso de denuncia de todos los TBI.
2. El Convenio del CIADI y los TBI negociados, celebrados y ratificados por Ecuador no fueron adecuadamente tramitados por las funciones Ejecutiva y Legislativa de la época. A lo largo de la investigación se identificaron irregularidades, ligereza y vaguedades en la aprobación de estos tratados internacionales, así como evidencias de presiones internas y externas para las suscribirlos. Además, se tomaron decisiones administrativas y dictaron reformulaciones del ordenamiento jurídico nacional para cumplir con obligaciones admitidas en estos tratados, en detrimento de la responsabilidad del Estado de proteger y defender los intereses nacionales.
3. Los TBI suscritos por Ecuador contienen cláusulas que confrontan con la Constitución y regulaciones internas.
4. Las tensiones más evidentes entre la legislación nacional y los TBI tienen que ver con los mecanismos de solución de controversias que implican sesión de soberanía al someter al país a tribunales de arbitraje internacional, sin pasar previamente por instancias nacionales. Otras incompatibilidades con el texto constitucional se refieren a la prioridad que asigna la Constitución a la inversión

nacional y el carácter complementario de la inversión extranjera, condiciones opuestas al trato preferencial y de supremacía del inversionista extranjero que establecen los TBI, porque el inversionista nacional no tiene el derecho de recurso directo al arbitraje internacional; así como el derecho del Estado, consagrado en la Constitución de 2008, para expropiar y nacionalizar, conforme a la regla internacional consuetudinaria, que lo ejerce por razones de utilidad pública o interés social y nacional; no existe en la Constitución ni en leyes nacionales, una clasificación de la noción de expropiación bajo figuras distintas, tampoco de “expropiación indirecta” o “equivalente a expropiación” como se ha resuelto en algunos laudos.

5. Los privilegios otorgados a los inversores extranjeros conforme evidencian los TBI han desplazado, en muchos casos, las obligaciones asumidas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, cuyo cumplimiento tiene carácter prioritario como normas *erga omnes*.
6. La denuncia de los TBI es un acto lícito, reconocido por el Derecho Internacional, y se encuentra en el texto de todos los TBI firmados por Ecuador. Por lo tanto, es un acto soberano del Estado, y la explicación de sus motivos no es obligatoria.
7. Nueve de los TBI vigentes se denunciaron por vía diplomática, de acuerdo con las reglas de la Constitución de 1998, de estos, seis mantienen vigencia por aplicación de la cláusula de remanencia. Diecisiete iniciaron su proceso de denuncia bajo las reglas de la Constitución de 2008, pero, mantienen su vigencia, sea por la aplicación de la cláusula de remanencia, como es el caso del TBI con Finlandia, o bien porque el proceso de denuncia no ha concluido.
8. Actualmente, estas denuncias se encuentran en trámite en 16 casos, algunos de ellos, están en instancias finales; en los casos de Gran Bretaña, Suecia, Francia y Alemania se requiere completar el proceso de denuncia y hacerla efectiva, según el derecho internacional, mediante su notificación a las contrapartes.
9. En total, mientras transcurre el proceso de denuncia, se encuentran vigentes 23 TBI.
10. En la actualidad, los gobiernos de los países de diferentes regiones y los organismos internacionales como la UNCTAD y la CEPAL –avalados por numerosas investigaciones empíricas sobre los flujos de inversión extranjera y sus efectos en las economías receptoras– han comenzado a cuestionar los beneficios del sistema de protección de las inversiones y, a la vez, han emprendido la búsqueda de alternativas.

11. Los aspectos más criticados del sistema actual de inversiones son: el conflicto de intereses de los árbitros, el sesgo comercial del sistema de arbitraje, el arbitraje ad-hoc sin garantías institucionales de imparcialidad e independencia, y la falta de instancias adecuadas de recusación y apelación.
12. También se ha cuestionado la errónea interpretación y aplicación de las reglas de compensación al momento de cuantificar la indemnización de los daños. El carácter general y la falta de objetividad de tales reglas las vuelven inaplicables en situaciones específicas, pues no se adaptan a la situación particular de cada caso y de cada Estado y contravienen la legislación nacional, como sucede con el anatocismo, prohibido en la constitución ecuatoriana.
13. Por otro lado, se ha considerado inadmisibles que la responsabilidad del Estado sea la única que se pone en tela de juicio dentro del análisis de violaciones a las cláusulas de los TBI. Ello dota al régimen internacional de solución de controversias de un sesgo pro-inversor que desequilibra las relaciones inversor-Estado.
14. Estos problemas, propios de un sistema parcializado, han causado perjuicios económicos graves para el Ecuador en los varios laudos dictados con fundamentos tendenciosos e injustos.
15. Ecuador ha sido demandado en base a TBI en 26 ocasiones, la mayoría de las empresas demandantes operan en el sector de exploración de petróleo (50%). Otras áreas donde han operado las empresas demandantes se relacionan con el suministro de electricidad (19%) y la minería (12%). El período en que dichas demandas fueron entabladas comienza a la vez que la política gubernamental cambia hacia la recuperación de la soberanía sobre el aprovechamiento de sus recursos naturales (año 2006).
16. De los 26 casos registrados contra Ecuador, 16 han concluido y 10 siguen abiertos. De los procesos aún abiertos, es decir, aquellos sobre los cuales los tribunales aun no han emitido laudo final, las cuantías de las demandas suman **USD 11.188'966.571**. Cabe señalar que en dos casos, RSM Corporation y Zamora Gold, no ha sido posible identificar el monto de su cuantía. De los procesos abiertos respecto de los cuales se emitió laudo, pero existen recursos pendientes, las cuantías determinadas ascienden a **USD \$ 377'415.988**.
17. Hasta abril de 2017, el Estado ecuatoriano ha pagado **USD \$ 1.342'115.969** en función de laudos negativos o por acuerdo de partes (a las empresas IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala, Oxy y Chevron) menos el pago ordenado a favor del Estado en el caso Ulyseas.
18. En las demandas por arbitraje de inversiones en base a TBI, en el período 2003-2013, el Estado desembolsó un total **USD \$155'929.417** por pago a bufetes de abogados y otros gastos del arbitraje.
19. Si se suman los pagos ya realizados por laudos en base a TBI y gastos de la defensa anotados, la cantidad desembolsada por el Estado ecuatoriano asciende a **USD \$1.498'045.386, valor que equivale el 5,8% del PGE de 2017 y que habría podido ser utilizado en programas sociales y en mayores esfuerzos requeridos para reducir la pobreza en el país**. Son las consecuencias pecuniarias vividas por la firma de TBI.
20. Al analizar los 26 casos contra Ecuador se encuentra que los árbitros, en repetidas ocasiones, han efectuado interpretaciones expansivas de las normas aplicables, lo cual les ha permitido acatar las exigencias de los inversores y dictar laudos elevados contra el Estado. Como consecuencia, Ecuador ha enfrentado y enfrenta condenas multimillonarias.
21. No se ha materializado la aplicación de estándares internacionales consagrados en la Convención de New York de 1958 y en la Convención de Panamá de 1975, en relación con el poder de control que habría podido ejercer el Estado ecuatoriano para la ejecución de laudos. Con el respaldo de tales estipulaciones internacionales, Ecuador está en posibilidad de exigir la no ejecución en caso de decisión aberrante, manifiestamente arbitraria, colusión, corrupción, parcialidad manifiesta de los árbitros, así como en caso de que se demuestre que dicha decisión contraría las disposiciones de la Constitución. Por lo pronto, es preciso que se incorporen condiciones determinantes en ese sentido en la legislación interna.
22. Los contratos del Estado en materia de inversión contienen, a menudo, cláusulas que reflejan los mismos estándares de protección de las inversiones de los TBI, inclusive la transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales internacionales. Falta en las regulaciones de la contratación pública disposiciones que precautelen el interés nacional, en un régimen equitativo de protección de inversiones externas.
23. Los árbitros que evalúan la validez de los actos del Estado ecuatoriano han sido elegidos, de acuerdo con las reglas vigentes, de manera ad-hoc, sin garantías institucionales previas de imparcialidad e independencia. La mayoría de los individuos que ejercen como árbitros continúan desempeñando otros roles tales como: consejeros de parte en arbitrajes, asesores de empresas, académicos, miembros del directorio de empresas o testigos expertos.
24. En los paneles arbitrales que han asumido casos contra Ecuador hay ejemplos de árbitros que se posicionan a favor de la amplia protección a las inversiones. Desde su lugar de figuras públicas,

- argumentan a favor de la firma de Tratados de protección de inversiones o en contra de reformas que restrinjan la redacción concesiva de las cláusulas incorporadas en los mismos.
25. Ante la evidencia de parcialidad a favor de los inversores por parte de quienes ejercen regularmente como árbitros, se propone la adopción de una serie de criterios y principios, a partir de los cuales sería factible desarrollar estrategias de selección y recusación de árbitros. Los criterios que se han definido responden a tres categorías: “conflicto de intereses”, “conflicto de cuestiones” y “conflictos sistémicos”.
 26. Los miembros de Tribunales de Arbitraje internacional a lo largo de la historia han gozado de un estatus de inmunidad especial, que los blindó, durante el desempeño de sus funciones, ante cualquier reclamación futura de alguna de las partes sometidas a su arbitraje. Esta inmunidad de la que goza este selecto grupo de árbitros los ha convertido, en la práctica, en impunes frente a cualquier decisión que tomen, dejándolos exentos de responsabilidad jurídica como consecuencias de sus actos.
 27. Existe una amenaza de pagos por cuantías que asciende a **USD \$13.409 millones** (si se añade los laudos negativos bajo impugnación por parte de Ecuador) valor que se acerca al 51% del Presupuesto General del Estado de 2017.
 28. Los TBI no han sido determinantes en la atracción de IED; según información estadística del BCE el flujo de IED proviene principalmente de Brasil, México y Panamá, países con los que Ecuador no tiene TBI. El 66% del total de la IED proviene de países latinoamericanos, lo que muestra la importancia de los esfuerzos de integración regional.
 29. Los montos de IED que llegan a Ecuador son pequeños respecto de la economía ecuatoriana, representan solo el 1,11% del PIB en promedio en el período 2000-2013. También es bajo el aporte de la IED a la formación bruta de capital fijo, pues se sitúa debajo del 3% (2008-2013). Y la mitad de esta inversión consiste en reinversión de utilidades. Por tanto, su contribución al crecimiento económico de Ecuador es discutible, tomando en cuenta, además, que la economía ecuatoriana ha crecido sobre el promedio de América Latina y el Caribe.
 30. La CEPAL y la UNCTAD concluyen que los factores de atracción más importantes de IED y que determinan el país destino de sus inversiones, varían según el interés primordial del inversionista. En consecuencia, la política pública puede ser más determinante para atraer IED que la existencia o no de TBI.
 31. Se estima que en el año 2013, las empresas subsidiarias remesaron alrededor de USD 3.822 millones por concepto de utilidades. Ese monto anual es cerca de la mitad de la Inversión Extranjera Directa entrante registrada en los últimos diez años.
 32. Las estadísticas sobre inversión extranjera, que tienen por base la aplicación de los manuales del FMI, no aportan información relevante para cuantificar el impacto de la IED. Se limitan a medir flujos de entradas y salidas de inversión y no las características de dichas inversiones, datos que son indispensables para analizar los efectos socioeconómicos y ambientales de dichas inversiones, desde una perspectiva de desarrollo.
 33. En Ecuador no existen estadísticas especialmente diseñadas para estudiar el comportamiento de los intereses extranjeros en el tejido empresarial. Existe información dispersa en el cuadro económico integrado por sectores institucionales, en la encuesta exhaustiva de empresas y sus establecimientos (producto del Censo Económico), y en los registros administrativos, particularmente tributarios.
 34. En la identificación de impactos económicos generados por empresas extranjeras que, acogiéndose a TBI han presentado demandas contra Ecuador en tribunales internacionales de arbitraje, las cifras oficiales demuestran un bajo dinamismo de la producción global, en las provincias donde se localizaron las inversiones de tales corporaciones; al menos, en las épocas en que las mismas operaron. Efectivamente, en el periodo 1993 a 2005, de mayor intervención externa, las zonas de influencia permanecieron en condiciones de baja expansión productiva.
 35. La contribución de la IED en la generación de empleo directo en el país ha sido mínima, por la naturaleza de las actividades extractivas, que son intensivas en equipos y maquinarias. Tampoco ha habido interés por generar empleo indirecto en las zonas de operación, como adquisiciones locales de insumos o servicios.
 36. Los indicadores sociales de la población ubicada en las áreas de influencia de las empresas demandantes revelan una situación precaria en salud, educación, analfabetismo, en el acceso a servicios de agua potable, energía eléctrica, salubridad, durante la permanencia de los inversionistas extranjeros. El contraste es evidente, y se confirma en las cifras, cuando los pueblos y comunidades reciben atención justa y compensatoria como sucede con la actual administración del Estado.
 37. **Afectaciones a la propiedad campesina y comunitaria. Derechos de propiedad no reconocidos.** Determinadas concesiones petroleras otorgadas por el Estado a las compañías se efectuaron sin que hubiere reconocimiento de derechos de propiedad de campesinos y comunidades, previamente establecidos. Los afectados, sobre todo pueblos indígenas, se han considerado invadidos

y, aún, desplazados, sin indemnización alguna. Hay casos de predios donde se perforaron pozos y el campesino propietario continúa pagando impuestos catastrales municipales, porque no hubo expropiación.

- 38. Evidencias de alteraciones de costumbres, actividades productivas, alimentación, valores culturales.** Se produjeron cambios en la producción alimenticia y medios de subsistencia (recolección, caza, pesca), sustitución de bebidas autóctonas naturales, por las alcohólicas, que generan dependencia, violencia y degradaciones sociales. Los convenios suscritos entre empresas y comunidades o nacionalidades indígenas imponían códigos de conducta, que se revertían en formas de control y apaciguamiento ante posibles demandas y reclamos.
- 39. Impactos ambientales causados en el sector petrolero.** A partir de los informes remitidos por las autoridades ambientales, así como en trabajo de campo efectuado por la auditoría se constataron pasivos ambientales dejados por determinadas empresas petroleras, que litigan contra el país, como piscinas abiertas para depósitos de crudo, de lodos y desechos cargados de metales pesados tóxicos; fosas a orillas de ríos, lagunas o pantanos para confinar productos contaminantes; derrames de crudo y fluidos, como la peor causa de contaminación. Parece que en la Amazonia ecuatoriana, aplicaron prácticas rudimentarias y dañosas no permitidas en otros lugares donde operaban.
- 40. El caso más grave es Chevron.** La ex compañía Texaco, adquirida por Chevron, procedió con irresponsabilidad e irrespeto, con tecnologías anticuadas, provocando derrames de más de 26,000 barriles de crudo hacia importantes ríos: Aguarico, Quijos y Shiripuno, y a numerosos esteros, también vertió 18,000 galones de agua de formación, más tóxica que el mismo crudo, provocando todo ello la muerte de peces, ganado y animales salvajes. Texaco abrió 916 piscinas, cuyas filtraciones han causado la toxicidad de tierras y la contaminación del agua y del aire. En comunicación escrita entre ejecutivos de la empresa, se dispone que los derrames serán informados sólo cuando *“atraigan la atención de la prensa y/o de las autoridades regulatorias...”*. Por el alto nivel de contaminación, la salud de la población se vio muy afectada. En una encuesta realizada a 1064 familias se encontraron 306 casos de cáncer, pero se presume un daño mayor, en vista de que no se registraba esta causa de muerte, por desconocimiento de la enfermedad.
41. La apertura y liberalidad con que fueron recibidas las inversiones extranjeras dieron lugar a manejos especulativos por parte de las corporaciones para elevar beneficios, aunque implique eludir obligaciones. Siete de las 22 empresas que se investigaron, se registraron como nacionales de paraísos fiscales, pero se acogieron a TBI suscritos con otros países (EE. UU., Francia, Canadá) para demandar a Ecuador ante tribunales internacionales.
42. La subcapitalización para eludir las obligaciones tributarias se volvió una estrategia recurrente de las empresas en la década de los 90. Esta figura consiste en disfrazar como créditos los ingresos de capital; la magnitud de esta práctica irregular se constata en el crecimiento desmesurado de la deuda privada, desde 1993.
43. El examen de balances contables y declaraciones de impuesto a la Renta ha permitido identificar numerosas irregularidades practicadas por la mayor parte de las empresas investigadas y que se resumen en: pérdidas en ejercicios continuos con lo cual habrían incurrido en causales de disolución; la relación ingresos por ventas e impuesto a la Renta pagado tiene poca racionalidad, mientras mayores son los ingresos menores los impuestos pagados; los mayores créditos se registran en subsidiarias (finalidad oculta de consorcios); hay casos en que créditos intra-firmas llegan hasta 99% de pasivos, mientras que los valores de capital suscrito se mantienen perennemente en el mínimo exigido para la constitución de la empresa.
44. Las corporaciones extranjeras han sido beneficiarias, sin limitación, de los precios reducidos de combustibles, de servicios de energía eléctrica, telecomunicaciones, agua potable. La diferencia con lo que les habría costado en sus países de origen les representa un considerable ahorro poco cuantificado y reconocido.

RECOMENDACIONES



La Comisión pone a consideración del Estado ecuatoriano, la implementación de las siguientes recomendaciones:

1. Concluir el proceso de denuncia de los TBI

Basados en el análisis y evaluación de los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones (TBI) firmados por Ecuador que se encuentran vigentes, la Comisión propone que el Estado ecuatoriano continúe el proceso de denuncia de los TBI iniciado por el Ejecutivo en el año 2008.

El proceso de denuncia está contemplado en cada uno de los Tratados, lo cual hace que este acto sea jurídicamente válido y legítimo. La denuncia debería realizarse de acuerdo con las disposiciones estipuladas en cada Tratado. No obstante, en algunos casos, el Estado puede explorar la opción de terminación mutua, la negociación de nuevos acuerdos, o la renegociación sobre la base del modelo alternativo aquí propuesto y evitar así los efectos de cláusulas de supervivencia o ultractividad del Tratado. Por ejemplo, la nota diplomática puede manifestar, después de indicar las razones de la denuncia, la intención de explorar esta vía.

Aunque jurídicamente no es necesario exponer razones para presentar la denuncia, la Comisión propone la denuncia de los TBI con los siguientes argumentos:

- Que la Corte Constitucional del Ecuador se ha pronunciado sobre la incompatibilidad de dichos tratados con la Constitución.
- Que estos tratados resultan contradictorios con obligaciones *erga omnes* asumidas por Ecuador a nivel internacional, como las que surgen de los tratados de derechos humanos.
- Que existe ya una práctica (*opinio juris*) desarrollada por Ecuador –y que no puede desconocerse– en tanto completó la denuncia de al menos diez TBI.
- Que el nuevo marco constitucional de 2008 fue un hecho imprevisto e imprevisible al momento de celebrarse los TBI, que implican un cambio fundamental de las circunstancias jurídicas respecto de aquellas bajo las cuales se celebraron.
- Que algunos tratados preveían objetivos en sus preámbulos sobre desarrollo y bienestar que no fueron cumplidos, habiéndose comprobado efectos contrarios a ellos, por lo que mantener estas obligaciones significa el sostenimiento de compromisos que son, más bien, ruinosos para el pueblo ecuatoriano y contrarios a los objetivos de los propios tratados.

- Que los tribunales arbitrales que trataron las disputas contra Ecuador han ampliado de manera significativa el alcance y sentido de las cláusulas que las partes acordaron originalmente en los Tratados, mucho más allá de la intención de las Estados firmantes, lo que equivale a un cambio de circunstancias que justifica la terminación de los tratados.
- Que la decisión del Ecuador sobre la denuncia es parte de una tendencia global de los gobiernos a restringir la protección de inversiones extranjeras y a asegurar el derecho soberano de los Estados a regularse en favor del bien público.

La denuncia de estos acuerdos debería seguir el procedimiento indicado en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Constitución del Ecuador de 2008, la Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Finalmente, debería ser comunicada formalmente a la contraparte, a fin de que surta efectos jurídicos a nivel internacional.

La coyuntura internacional se revela como factor que fortalecería la posición de Ecuador sobre la denuncia de TBI, si se desarrolla una política exterior de alianzas, de coordinación y de bloques. La suma de circunstancias de las últimas dos décadas, ha marcado el cambio de rumbo de algunos países con respecto a la política aperturista en inversiones. El cuestionamiento de un andamiaje legal que sostiene los derechos de las empresas por sobre los de los Estados, aparece hoy en el centro de las políticas en inversiones de diversos países. Ante esto, varias naciones han manifestado su inconformidad con el sistema, y han expuesto sus críticas, evidenciando la necesidad de revisar y reformar el sistema.

2. Negociación de nuevos instrumentos entre el Estado e inversores privados

Contratos internacionales de inversión con derechos restringidos y obligaciones

Los contratos de inversión permiten una mayor flexibilidad que los TBI, ya que son firmados caso por caso y no con un alcance internacional. Además, mientras estén vigentes los TBI denunciados debido a la cláusula de supervivencia, la firma de contratos internacionales entre el Estado y los inversores extranjeros es una salida que le permite al Estado plantear arbitrajes bajo otras reglas, establecer un

marco de certidumbre e incentivos, restringir los derechos de los inversores, e imponerles obligaciones.

Se recomienda que el Estado ecuatoriano busque renegociar contratos (en caso de inversores ya establecidos) o negocie nuevos (en caso de inversores futuros), en los cuales:

- El inversor renuncie a los derechos de solución de controversias al amparo de los TBI y que, en su remplazo, se suscriban sólo a los tribunales *ad hoc* bajo leyes nacionales, como ya lo ha venido aplicando el Estado ecuatoriano con varios contratos de inversión.
- El inversor acepte obligaciones vinculantes como las que se proponen en el modelo de tratado alternativo.
- Se incluya la posibilidad de que los Estados puedan demandar a los inversores ante violaciones de tales obligaciones o incumplimientos contractuales.
- Se incluya la posibilidad de que las comunidades afectadas por violaciones de derechos humanos, también tengan la posibilidad de presentar demandas contra los inversores ante un tribunal competente.
- Se incluyan cronogramas valorados de las inversiones.

Dada la importancia de estos contratos, la Comisión recomienda que sean públicos y que estén sometidos a control social y fiscalización en base a reglamentos y criterios conforme la ley.

Principales lineamientos para un Modelo Alternativo de Tratado de Inversión¹

Objetivos del Tratado

Los principios y objetivos de un tratado alternativo para las inversiones deberían ser los siguientes:

La supremacía de los derechos humanos sobre los derechos comerciales;

Subsistencia de las capacidades regulatorias soberanas del Estado;

Precautelar el Buen Vivir, para lo cual se requiere una política integral sobre inversiones que garantice no sólo la protección de la inversión sino también la

vigencia de los derechos humanos, en particular, los derechos de las comunidades originarias, los derechos de la naturaleza, los derechos laborales y otros intereses sociales;

Evitar condiciones dispares, como que sólo las empresas pueden demandar a los Estados y no la inversa, y las posibilidades de interpretaciones abusivas o extensivas de las cláusulas del Tratado.

En primer lugar, cualquier eventual tratado en materia de inversiones extranjeras debería poner como límite a la actuación de los inversionistas y de las empresas extranjeras el respeto a los Derechos Humanos integralmente considerados y a los derechos laborales, ambientales y de la naturaleza, consagrados en la Constitución y otros tratados internacionales ratificados por Ecuador.

Para que esto sea posible, la Comisión convalida y recomienda continuar el impulso a la iniciativa presentada por Ecuador, en el marco de las Naciones Unidas, de un Código Vinculante para las empresas transnacionales en materia de derechos humanos. Es preciso desplegar todas las capacidades diplomáticas y políticas del Estado para seguir sumando aliados en esta lucha trascendental.

En segundo lugar, cualquier eventual tratado en la materia debería estar sustentado en el reconocimiento del derecho de los Estados a regular –en el marco de su legislación nacional y sus compromisos en materia de derecho internacional– las inversiones extranjeras para vincularlas con los objetivos marcados por sus planes de desarrollo.

Estructura del Tratado: Preámbulo y definiciones

Preámbulo

El preámbulo merece especial consideración debido a que define la naturaleza y propósitos del Tratado y delimita la interpretación que pueda derivarse en instancias de arbitraje internacional de inversiones. En concreto, el preámbulo deberá tomar en cuenta el concepto de desarrollo sostenible,² tanto como la idea de la protección de la inversión, de forma que se reafirme que no es éste el único objeto del Tratado.

1 Hay que señalar que muchas de las recomendaciones que se presentan están apoyadas en los nuevos tipos de tratados que se han firmado en otras regiones. Por ejemplo, el Tratado de Inversiones de la ASEAN(2011) contiene disposiciones sobre el medio ambiente, los derechos laborales, y las defensas sobre la base de la salud, la moral y el bienestar. El Tratado modelo de los Estados Unidos también contienen tales defensas. Un tratado modelo recomendado por la Secretaría del Commonwealth contiene disposiciones similares. El proyecto de tratado de modelo para la Región de África del Sur también es similar. Las recomendaciones que se incluyen aquí no se apartan de las tendencias modernas en el campo, aunque pueden expresarse de una manera más definida.

2 El desarrollo sostenible (DS) es un concepto integral que considera la protección del medio ambiente y los Derechos Humanos. El Informe de la Comisión Brundtland definió el DS como el desarrollo que satisface las necesidades del presente sin comprometer la capacidad de generaciones futuras para satisfacer sus propias necesidades. El DS ha sido mencionado en varios tratados, tales como el Acuerdo del Espacio Económico Europeo (EEE) de 1992, el preámbulo del Acuerdo de la OMC y el artículo 19 del TCE. Varias cortes y tribunales también han mencionado el DS, en particular la Corte Internacional de Justicia (CIJ) en el caso Gabcikovo – Nagymaros (1997) y la opinión consultiva sobre la legalidad de la amenaza del empleo de armas nucleares (1996).

Inversionista

El concepto de inversionista debe definirse de forma clara y estricta, lo que permitirá caracterizar al sujeto que desempeña las actividades protegidas por el TBI. También se podrá determinar así el *ius standi* en demandas por disputas derivadas del tratado. En última instancia, el Estado deberá decidir si corresponde el título de inversionista.

El inversionista debe ser una persona jurídica, sociedad legalmente constituida en el Estado del cual es nacional, que se ha establecido y opera activamente por un período de dos años, y tiene su sede de control y gestión exclusivamente en el Estado de origen. Deberá remitir anualmente información respecto de su denominación, domicilio y un Certificado de Vigencia Corporativa o Cumplimiento, denominado de 'good standing'. El inversionista también debe indicar sus socios o accionistas, y los apoderados de las personas jurídicas que tengan acciones o participaciones en la compañía.

Se propone la pérdida de la condición de inversionista, y por tanto de la protección del Tratado, si se han incumplido las obligaciones previstas en el mismo, inclusive, por el cometimiento de actos de corrupción.

Inversión

La inversión debe definirse de forma estricta y específica. Será objeto de protección del TBI aquella inversión admitida por la autoridad competente, de acuerdo con el ordenamiento jurídico nacional de Ecuador. En último término, debe restringirse a bienes o propiedades tangibles e intangibles, con duración de al menos dos años. La inversión debe realizarse con el compromiso sustancial de aportes de capital u otros recursos, la asunción de riesgos, y una contribución efectiva al desarrollo. Los bienes que se protegen bajo la inversión deben ser de propiedad directa del inversionista, a través de una compañía constituida en Ecuador.

La autoridad competente en materia de inversiones debe contar con las herramientas suficientes para aprobar el ingreso o expansión de todas las inversiones extranjeras cuando sean consideradas beneficiosas al desarrollo del país, lo que sería una condición ineludible para la protección comprometida en el TBI.

La experiencia de Ecuador permite recomendar los siguientes aspectos respecto al alcance de las inversiones protegidas por cualquier tratado futuro sobre inversiones:

- No se deberían incluir compromisos de retroactividad: la protección brindada por el tratado no debería cubrir las inversiones anteriores a su firma, menos aún si se trata de inversiones que ya se retiraron del país.
- Toda forma de abuso del Tratado por parte de los inversores, como fabricar una protección que el Tratado no brinda, debería estar expresamente prevista y prohibida, en particular las reestructuraciones societarias de nacionales de un Estado distinto del que suscribe el Tratado, o bien de nacionales del Estado ecuatoriano que adoptan la apariencia de una nacionalidad distinta de la real.
- Para que un inversor pueda presentar demandas acogiéndose al correspondiente TBI, deberá ser el socio controlante de la sociedad titular de la inversión, en ningún caso, con participación minoritaria o simplemente mayoritaria.

La definición de inversión protegida en futuros tratados debería excluir, al menos, los siguientes elementos:

- La inversión de cartera, incluidos los bonos de deuda pública o privada. Ello no quiere decir que el Estado ecuatoriano o las empresas no puedan recurrir a esta forma de financiarse en las bolsas de valores, sino sólo que no podrían estar cubiertas por los tratados en razón del carácter especulativo que ostenta, muchas veces, este tipo de inversión financiera. Esta restricción debe sujetarse a la legislación interna y/o internacional que Ecuador haya ratificado expresamente.
- La deuda externa, sea privada o pública, bancaria o en bonos o títulos de deuda, que debería atenerse a la legislación específica aplicable.
- Los derechos otorgados por concesiones gobernadas por el derecho administrativo para la explotación de recursos naturales o bienes públicos (por ejemplo, los espacios radioeléctrico o aéreo, entre otros).
- Los contratos de obras públicas, contratos comerciales de largo plazo, o contrato de servicios, que deberían estar sujetos a los términos del contrato, los que a su vez deberían ser válidos sólo en la medida que no contravengan las leyes internas.
- Cualquier inversión en la que se pruebe que el inversionista hubiere participado en actos de corrupción (directamente o a través de terceros) antes de su realización o en cualquier etapa de su desarrollo.
- Los derechos de propiedad intelectual deberían atenerse a las leyes internas o a tratados sobre propiedad intelectual expresamente ratificados por Ecuador.

- En caso de que extraordinariamente el Estado ecuatoriano otorgue alguna concesión para invertir en sectores de prestación de servicios públicos y uso de bienes públicos, definidos en el Art. 314 de la Constitución, estas inversiones deberían estar excluidas del ámbito de protección de los tratados de inversión.

Derechos del Estado a incluir

Se recomienda considerar los siguientes tópicos en el contenido de todo nuevo Tratado:

- En la medida en que se avance en la aprobación de un Código Vinculante en materia de derechos humanos para las corporaciones, los tratados sobre inversiones deberían incluir el respeto por parte de los inversionistas de las obligaciones jurídicas asumidas en el territorio donde inviertan, ya sea que éstas emanen de normas nacionales como internacionales. Los Tratados también deberían especificar los tribunales donde dichas obligaciones puedan ser exigibles por parte de los Estados, de las personas individuales y comunidades afectadas, incluyendo los tribunales arbitrales con competencia para la resolución de disputas bajo el Tratado.
- Las medidas adoptadas por un Estado Parte para cumplir con sus obligaciones internacionales, en virtud de otros tratados y/o convenciones, no deberían constituir una violación al acuerdo de inversiones, y no deberían otorgar derechos a un inversor para que obtenga una indemnización por la violación del Acuerdo.
- Incluir cláusulas que reconozcan el derecho del Estado a imponer requisitos de desempeño, sean estos generales para cualquier inversión o específicos estipulados a través de contratos. Los requisitos de desempeño deberían estar guiados por los planes de desarrollo nacional y el beneficio colectivo, en el marco de los mandatos de la Constitución Nacional. Particular importancia tiene la búsqueda de encadenamientos productivos o compras de insumos nacionales por parte de los inversionistas extranjeros, ya que es la única forma de que la inversión extranjera directa tenga un efecto de arrastre sobre el resto de la economía nacional y la generación de empleo indirecto.
- Incluir cláusulas que permitan al Estado tomar medidas para favorecer la transferencia de tecnología.
- Incluir cláusulas que preserven el derecho del Estado a excluir del alcance de los Tratados sobre inversiones las áreas consideradas estratégicas según los planes nacionales de desarrollo, o a demandar la inclusión de socios nacionales en las

corporaciones que se desempeñen en estas áreas de la economía, de manera que puedan ser sociedades mixtas de capital nacional y participación estatal mayoritaria.

- En pos de proteger la capacidad regulatoria del Estado, cualquier tratado en materia de inversiones debería contener cláusulas que reconozcan, explícitamente, la capacidad del Estado de otorgar, de conformidad con su legislación interna, un tratamiento preferencial a cualquier empresa con el fin de alcanzar los objetivos nacionales o sub-nacionales de desarrollo regional.
- Incluir cláusulas que reconozcan la capacidad del Estado de tomar todas las medidas necesarias en su legislación interna para evitar prácticas de elusión y evasión fiscal.
- Incluir cláusulas que acepten la capacidad del Estado para establecer leyes o regulaciones que eviten flujos ilícitos de capitales (por ejemplo, subfacturación o sobrefacturación en intercambio intra-firma).
- Incluir cláusulas que reconozcan la capacidad del Estado de tomar las medidas que considere necesarias para evitar el flujo de capitales 'golondrina' o de alta volatilidad.
- Incluir cláusulas que admitan el derecho del estado a legislar para favorecer la reinversión de utilidades.
- Incluir cláusulas que reconozcan la capacidad del Estado de implementar concesiones y exenciones fiscales selectivas, en función de objetivos y orientaciones de la planificación nacional, las cuales sean temporales y renovables sobre la base de evaluaciones de cumplimiento de metas y de condiciones definidas caso por caso.

Obligaciones a incluir para el inversor

Se recomienda establecer obligaciones para los inversores dentro de los nuevos tratados en materia de inversión, según los siguientes criterios:³

- Respetar las normas del derecho nacional e internacional que consagran derechos civiles, políticos, sociales, económicos culturales y medioambientales, y abstenerse de todo acto de colaboración –económico, financiero o de servicios– con entidades, instituciones o personas que cometan violaciones de los derechos humanos.
- Los derechos otorgados a los inversionistas en el tratado deberían estar sujetos a los principios y obligaciones creados en el derecho internacional general, incluidos los relativos a los derechos humanos, el medio ambiente, la legislación nacional e internacional sobre crímenes raciales, religiosos

³ Muchas de las obligaciones aquí recogidas emanan de la propuesta de un Tratado Internacional de los Pueblos para el Control de las Empresas Transnacionales elaborada a escala global por la Campaña para Desmantelar el Poder de las Empresas Transnacionales <http://www.stop-corporateimpunity.org/wp-content/uploads/2015/02/PeoplesTreaty-ES-dec2014-1.pdf>

y la discriminación sexual.

- Llevar a cabo sus actividades de conformidad con las leyes, los reglamentos, las prácticas administrativas y las políticas nacionales en materia de preservación del medio ambiente y de conformidad con los acuerdos, principios, normas, compromisos y objetivos internacionales relativos, respectivamente, al medio ambiente, a los derechos humanos, a la salud pública y a la seguridad.
- Ser jurídicamente responsables de los pasivos ambientales que puedan causar, y asumir la obligación de indemnizar a los pueblos y comunidades afectados por los daños causados por éstos, y, en su caso, repararlos restituyendo el medio ambiente a las condiciones previas a la intervención, y/o indemnizando económicamente a quien en derecho corresponda.
- Cumplir con las normas nacionales y los acuerdos internacionales de la OIT para garantizar que se proporcione un entorno laboral seguro y saludable; pagar una remuneración que garantice una vida digna a los trabajadores y trabajadoras, y garantizar la libertad sindical, el reconocimiento efectivo a la negociación colectiva y el derecho de huelga y los derechos de los migrantes.
- Deberían respetarse los derechos territoriales de los pueblos indígenas y afro descendientes, aceptando los resultados de la consulta previa e informada una vez validada por el Estado, de conformidad con el artículo 57 de la Constitución y el artículo 83 de la Ley Orgánica de Participación Ciudadana.
- Debe respetarse el convenio 169 de la OIT y la Declaración de Derechos de los Pueblos Indígenas de la ONU. Los derechos de consulta y participación son irrenunciables e indelegables para la construcción de relaciones con los Estados, empresas y otros actores.
- Con el fin de evitar prácticas de evasión, elusión fiscal o flujos ilícitos de capitales intra-firma, se requiere hacer públicas la identidad de las contrapartes con las que llevan a cabo sus prácticas comerciales y/o financieras de cualquier tipo. Deberían minimizar los precios de transferencia y reinvertir parte de sus utilidades en los términos que marque la legislación o los reglamentos nacionales.
- Subordinar sus actividades a las políticas y planes en materia de propiedad intelectual, ciencia y tecnología de los países receptores y a las normas internacionales sobre derechos humanos.
- Cumplir con los requisitos de desempeño que la legislación interna aplicable determine. Contribuir a la transferencia de tecnología, en los términos establecidos en la ley, de reglamentos nacionales o

contratos.

- El TBI deberá incluir requisitos de desempeño para la inversión extranjera. La inversión extranjera, actualmente, no tiene parámetros de desempeño que deba cumplir en el desarrollo de sus actividades.
- Contratar mano de obra nacional, con preferencia de aéreas de influencia de las inversiones.
- En el caso de incluirse en el TBI la posibilidad de arbitraje de inversiones, se propone indicar que el Estado deberá confirmar su consentimiento al arbitraje en cada caso. El consentimiento al arbitraje por parte del Estado deberá considerar el cumplimiento de las obligaciones del inversionista, establecidas en la aprobación de su ingreso al país. Se recomienda incorporar el requisito obligatorio de agotar los recursos internos, en sede administrativa y judicial, antes de proceder al arbitraje internacional de inversiones.

Privilegios de inversores a excluir y derechos a replantear

Se recomienda excluir o replantear en cualquier tratado futuro sobre inversiones las siguientes cláusulas, frecuentemente presentes en los actuales TBI:

- **Trato Justo y Equitativo:** Esta cláusula tiene como propósito llenar vacíos con otras normas más específicas, con el fin de obtener, potencialmente, un mayor nivel de protección al inversionista de aquel que establece el tratado, por lo cual se debe definir de forma estricta su alcance, de manera que impida interpretaciones que se ajusten a las expectativas del inversionista como criterio para fijar parámetros de responsabilidad internacional del Estado.
- **Protección y Seguridades Plenas:** Se debe reemplazar la cláusula de protección y seguridad plena por un concepto de seguridad y tratamiento mínimo, estándar a nivel internacional.
- **Trato nacional:** Esta cláusula deberá aplicarse solamente con respecto a la operación, administración, mantenimiento, uso y venta o enajenación de las inversiones. Se debe indicar también que el trato nacional no se extenderá a aquellas leyes y reglamentos existentes o futuros, dispuestos para beneficio de las pequeñas y medianas empresas nacionales o aquellos referentes a la regulación de los recursos naturales. El Estado deberá reservar su derecho de designar a cualquier sector al cual no aplicará el trato nacional, en razón de la seguridad nacional y la necesidad de desarrollo de sectores específicos.
- **Nación más Favorecida:** Se deberá excluir esta cláusula con el fin de evitar que un inversor de una determinada nacionalidad adquiriera o amplíe sus derechos, contemplados en tratados

diferentes celebrados por el Estado ecuatoriano con países distintos del país del cual el inversor es nacional. Se debe incluir una cláusula que advierta que la protección no se extenderá al trato establecido en acuerdos existentes o futuros de integración regional económica, acuerdos aduaneros, acuerdos comerciales, áreas de libre comercio, u otros de similar materia; tratados de protección y promoción de inversiones bilaterales o regionales; y, cualquier sistema de preferencias que ofrezca el Estado a países menos desarrollados.

- **Expropiación:** El concepto de “expropiación indirecta” o “medidas equivalentes a expropiación” no deben incluirse. La definición de expropiación debe restringirse al acto directo del Estado, que le permite la Ley, para que, por causas de utilidad pública—de acuerdo al debido proceso y sin discriminación— se apropie de un bien tangible del inversionista, por el cual el Estado deberá pagar una compensación adecuada, en el contexto de la inversión cubierta por el TBI, en un periodo razonable.
- **Cláusula Paraguas:** Se propone su exclusión en los términos en los que se encuentra en los TBI suscritos por Ecuador, debido a que intenta elevar la violación de un contrato—instrumento de derecho doméstico— a una violación de estándar internacional.
- **Cláusulas de supervivencia:** Se recomienda fijar una fecha de término con posibilidad de renovación o renegociación del Tratado por acuerdo expreso (no tácito ni presuntivo, como los actuales) entre las partes.

Asimismo, se deberá excluir cualquier cláusula que:

- **Prohíba al Estado poner requisitos de desempeño** a las inversiones.
- **Impida aplicar límites y reglas al libre flujo de capitales.** Ese tipo de cláusulas son especialmente peligrosas en un país como Ecuador que no tiene moneda propia ni, por ello, control de cambios.
- **Restringa la capacidad del Estado de establecer reglas y procedimientos para evitar la evasión y la elusión fiscal o mecanismos encubiertos para**

fugar capitales o lavar dinero. En materia fiscal, las inversiones extranjeras deberían estar sujetas solamente a la ley interna de Ecuador y no a un tratado en materia de inversiones, del que tiene que excluirse de manera expresa.

3. Sobre el sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones

Sobre la cláusula de solución de disputas inversor-Estado

La Comisión recomienda excluir la cláusula de solución de disputas inversor-Estado de los Tratados Internacionales de Protección de Inversiones (TBI) vigentes y futuros, que permitan a los inversores demandar al Estado ante tribunales internacionales, bajo las reglas del CIADI o UNCITRAL⁴. La cláusula de solución de disputas inversor-Estado en su formato actual concede derechos excesivos a los inversores extranjeros, y ha dado lugar a abusos por parte de los mismos. Las cortes nacionales son, en su mayoría, el instrumento idóneo para resolver las disputas en materia de inversiones.

Seguridad jurídica a los inversores en cortes nacionales

La Comisión recomienda que las disputas entre inversores y el Estado sean resueltas, prioritariamente, en las cortes nacionales. Ecuador cuenta con un sistema judicial capaz de conocer y resolver, con transparencia e imparcialidad, las posibles demandas de los inversores extranjeros.

Propuestas para un período de transición con el objetivo de minimizar la exposición de Ecuador a las demandas de inversores, mientras que el Estado se encuentra aún atado al actual sistema de protección internacional de inversiones

Más allá de que el gobierno ecuatoriano tome acciones para recuperar la total soberanía sobre su espacio regulatorio y evitar ser demandado, en el futuro, por los inversores extranjeros ante los tribunales

⁴ Ante este escenario y contrario al argumento que generalmente se presenta, los inversores no quedarían desprotegidos en caso de sufrir alguna pérdida en sus inversiones por motivos que no sean de carácter comercial (los inversores deberían estar preparados a asumir los riesgos comerciales), ya que tendrían la posibilidad de recurrir a:

* **Seguros de riesgo político privados:** estos cubren tanto activos como contratos. La cobertura de activos puede incluir riesgos como la confiscación, la nacionalización y la expropiación. La cobertura del contrato puede incluir las pérdidas a raíz del repudio del contrato, la inconvertibilidad de la moneda, y la cancelación del contrato debido a violencia política. Las políticas de confiscación, nacionalización y expropiación de seguros generalmente se pueden ampliar para cubrir cancelaciones de licencias, embargos comerciales, huelgas, disturbios, la pérdida de ingresos tras la expropiación y otros tipos de riesgo político. Un dato a tener en cuenta es que para los seguros de riesgo político privados, la existencia o no de TBI no es relevante al evaluar el riesgo de los proyectos de inversión.

* **El Organismo Multilateral de Garantía de Inversiones (OMGI, o MIGA por sus siglas en inglés)** dependiente del Banco Mundial que otorga garantías subsidiadas por los Estados a los inversionistas contra pérdidas ocasionadas por riesgos como expropiación, inconvertibilidad de moneda, transferencias cambiarias, guerra civil o disturbios.

* **Seguros ofrecidos por el país de origen del inversor:** La mayoría de los países que son exportadores de capital otorgan seguros a sus empresas que invierten en el exterior similar a los del Banco Mundial.

Así también, en algunas circunstancias los Estados de origen de las empresas tienden a ofrecer alguna forma de protección diplomática: en algunos casos se incluye la posibilidad de resolver las disputas Estado-Estado, pero también hay canales informales. Por ejemplo, restricciones de preferencias arancelarias u otras presiones económicas que el Estado de origen ha sabido ejercer sobre el Estado de acogida del inversionista.

internacionales, dada la cláusula de ultra vigencia, llevará mucho tiempo quedar completamente libre de los compromisos asumidos en el contexto del actual sistema de protección internacional de inversiones internacional.

Para esta etapa de transición, y con la finalidad de minimizar las posibilidades de demandas (y amenazas de demandas) de inversores extranjeros ante tribunales arbitrales internacionales, bajo las reglas CIADI o UNCITRAL, así como de limitar los derechos de los inversionistas y acotar la interpretación abusiva de algunas cláusulas de los TBI por parte de los árbitros intervinientes, se proponen las siguientes acciones:

Sobre las demandas ante el CIADI

De presentarse la situación de una nueva demanda de un inversor extranjero contra Ecuador ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), recomendamos que Ecuador decline presentarse.

En el 2009 el Ecuador denunció el Convenio de Washington y así retiró su consentimiento para ser demandado ante el CIADI. Por tanto, la Comisión entiende que bajo ninguna circunstancia el CIADI tiene jurisdicción para resolver disputas contra Ecuador iniciadas después de la denuncia, mucho menos después de transcurridos los seis meses para que la denuncia produzca efecto, de acuerdo con el Artículo 71 del Convenio CIADI.

Sobre los intereses de los montos de los laudos en casos contra el Estado

Afirmando la soberanía jurídica nacional se debería exigir que en los laudos que fijan aplicación acumulativa de intereses sobre cuantías, se respete la prohibición de anatocismo que establece la Constitución ecuatoriana.

Criterios de conflictos que llevan a cuestionar la independencia e imparcialidad de los árbitros

Ante la evidencia de parcialidad a favor de los inversores, por parte de quienes ejercen regularmente como árbitros, proponemos la adopción de una serie de criterios y principios mediante los cuales se pueda desarrollar estrategias de selección y recusación de árbitros. Estos criterios ayudarían al Ecuador a definir una *“lista de árbitros con un sesgo pro-inversor”* que se deberían excluir de las nominaciones a paneles arbitrales, y aquellos a quienes recusar como integrantes propuestos por el inversor o como presidentes del Tribunal propuesto por la institución administradora del arbitraje. Los criterios que se

proponen responden a tres categorías: “conflicto de intereses”, “conflicto de cuestiones” y “conflictos sistémicos”.

- a. Los “conflicto de intereses” se refieren a la falta de imparcialidad del árbitro, por sus relaciones con las partes en la disputa y/o por tener intereses económicos en el resultado de la disputa.
- b. Los “conflicto de cuestiones” son los casos donde la imparcialidad del árbitro se cuestiona, cuando ha tomado una posición definida frente a un problema jurídico, más de una vez y en forma previa respecto de una o más de las cuestiones que vayan a discutirse en cualquier nuevo caso.
- c. Finalmente, en los “conflictos sistémicos”, la imparcialidad del árbitro se cuestiona, no por su participación en un caso específico, sino por posiciones o roles que puedan indicar que mantienen un sesgo pro-inversor y/o defiendan y promocionen el sistema de arbitraje de inversiones tradicional.

Reformas al sistema de arbitraje internacional

Existen una serie de reformas al sistema de arbitraje internacional de inversiones que, sin negar totalmente al inversor el recurso del arbitraje internacional, reducen las posibilidades de abuso y dan mayores garantías de imparcialidad e independencia, a sabiendas de que aun implementando estas reformas no se resolverá el problema de que los inversores puedan cuestionar las medidas legítimas adoptadas por el Estado, a favor de sus ciudadanos o del medioambiente.

Propuesta para que el arbitraje sea el último recurso

- Asegurar que se hayan agotado las vías internas de recurso administrativo y/o judicial antes de que se inicie el arbitraje internacional.

Propuestas para incrementar la transparencia

- El principio de transparencia debería ser transversal en todo el sistema. En consecuencia, todos los documentos presentados por las partes y emitidos por los árbitros deberían ser públicos y de libre acceso. Así mismo, las audiencias de jurisdicción, mérito y/o daños deberían ser públicas y abiertas para la participación de los interesados, incluyendo el uso de nuevos medios digitales de comunicación (por ejemplo live streaming). Se debería permitir, además, la participación de las partes no contendientes interesadas, como las organizaciones de la sociedad civil, por medio de recursos como el *amicus curiae*. Finalmente, se debería establecer que el tribunal o las partes no podrían justificar la falta de transparencia, por razones de confidencialidad.

Propuestas que buscan restringir la discrecionalidad de los árbitros y aumentar su independencia e imparcialidad

- Crear un procedimiento de apelación y un cuerpo de apelación permanente que revea el fondo de los laudos (a la manera del diseño institucional de la OMC),⁵ a sabiendas de que las apelaciones no solucionarían las deficiencias del sistema.
- De mantenerse la práctica de someter la revisión o nulidad de los laudos a tribunales arbitrales *ad-hoc*, hay que asegurar la independencia de los mismos. Para ello, los miembros de este tribunal de anulación no deberían actuar como árbitros o como consejeros de las partes que se hallan dentro del circuito institucional del arbitraje internacional de inversiones; tareas que son incompatibles con la de revisar la actuación de otros árbitros y decidir con imparcialidad si las decisiones cuestionadas deberían ser anuladas. Es necesario establecer un listado amplio de árbitros de alto reconocimiento, que provengan de ámbitos diversos, dedicados exclusivamente a revisar los procesos de anulación.⁶
- Crear un código de conducta vinculante para los árbitros que incluya, por lo menos, todos los conflictos de intereses y de cuestiones mencionados más arriba. Idealmente, también se deberían incluir algunos de los elementos de los conflictos sistémicos, por ejemplo la prohibición de que el árbitro ejerza también como representante de las partes.
- Poner un límite a los honorarios que pueden cobrar los árbitros.
- Admitir la celebración de acuerdos interpretativos entre los Estados firmantes, sin necesidad de intervención de una instancia arbitral o judicial, sobre las cláusulas de sus tratados, para reducir la libertad de interpretación de los árbitros.
- Flexibilizar el estándar para la resolución de las recusaciones a árbitros. Las decisiones sobre descalificación de árbitros deberían basarse en la falta de apariencia de independencia e imparcialidad desde la perspectiva de un tercero que evaluara razonablemente la evidencia disponible, atendiendo a una lista amplia de posibles conflictos de intereses detallados en el código de conducta vinculante.
- Que la decisión sobre recusación de árbitros nunca recaiga en los co-árbitros ni en los directivos de la institución que administra el arbitraje, sino en un panel independiente y sin otras vinculaciones profesionales con el sistema de arbitraje de inversiones.

Se recomienda que Ecuador busque implementar estas reformas en diferentes foros internacionales y regionales.

A nivel internacional, las mismas podrían impulsarse como parte de un paquete de reformas de las reglas CIADI y UNCITRAL, o como reformas de centros arbitrales como la Corte Permanente de Arbitraje o la Cámara de Comercio Internacional.

A nivel regional, el Centro de Solución de Disputas de la UNASUR tiene la gran ventaja de ofrecer un foro de solución de disputas, relacionadas con las inversiones fuera de la órbita de influencia del BM, EE.UU. y UE. Se recomienda que el Ecuador, dentro de las posibilidades que pudiera brindar el estado de avance de las negociaciones, proponga las reformas arriba indicadas que podrían mejorar su diseño.

Corte Internacional o regional permanente de arbitraje de Inversiones

Sin perjuicio del desarrollo y conclusión del proceso de negociación del Centro de Solución de Controversias relativo a las inversiones de la UNASUR, la Comisión propone que se considere apoyar la propuesta de creación de una Corte permanente internacional que dirima las disputas entre inversores y Estados.⁷

Si bien esta propuesta no subsana el hecho de que los inversores sigan gozando de amplios derechos consagrados en los TBI vigentes (o con períodos de ultra vigencia en curso), y si bien tampoco asegura que los jueces nombrados no sean los mismos individuos que hoy actúan como árbitros ni que carezcan por su parte de intereses y sesgos ideológicos similares a los de aquellos, la creación de una Corte con un cuerpo de jueces permanentes, como una entidad autónoma o parte de otra institución existente, en lugar de árbitros *ad hoc*, tiene el potencial de ayudar a eliminar los conflictos de intereses y la parcialidad que se presenta actualmente en el sistema de arbitraje. De esta manera se tendería a aislar a los jueces de los intereses económicos externos. Esto también podría ayudar a que haya mayor consistencia en la interpretación de las normas aplicables y en las decisiones. La creación de dicha corte no debería ser un justificativo para la firma de nuevos acuerdos de inversiones.

5 En la actualidad, y bajo las reglas del CIADI, sólo se puede pedir la anulación del laudo con base a criterios estrechos, como ser exceso de poder del Tribunal o incumplimiento de procedimientos. Este mecanismo es altamente insuficiente para asegurar la integridad del sistema.

6 Ziadé, Nassib (2015) Is ICSID heading in the wrong direction?, Global Arbitration Review, 24 February <http://globalarbitrationreview.com/news/article/33574/is-icsid-heading-wrong-direction/>

7 La propuesta de una Corte Internacional de Inversiones que consideramos como una real mejora al sistema es la que originalmente fue hecha por el Profesor Gus Van Harten en el 2008 (ver: Van Harten, Gus, (2008) A Case for an International Investment Court, Society of International Economic Law (SIEL) Inaugural Conference. Available at SSRN: <http://ssrn.com/abstract=1153424>) y no la que hoy en día propone la Comisión Europea (http://trade.ec.europa.eu/doclib/docs/2015/may/tradoc_153408.PDF).

4. Observatorio internacional sobre inversiones y empresas transnacionales

Se recomienda usar el acervo de información y las metodologías de la Comisión para constituir un Observatorio de Empresas e Intereses Transnacionales.

5. Recomendaciones respecto del ámbito del Estado para minimizar contingencias

Del análisis de los casos de arbitraje de inversión en contra de Ecuador, se observa que el Estado ha afrontado demandas por actos realizados en ejercicio de sus facultades regulatorias. A fin de prevenir futuros conflictos, se recomienda emprender políticas de Estado para evitar el escalamiento de conflictos.

Política pública integral para la protección de inversiones

Si bien, entre los puntos culminantes de la presente auditoría se ha planteado y recomienda un modelo de tratado alternativo válido para probables nuevos tratados bilaterales y multilaterales, como solución a mediano plazo, tomando en cuenta la probable ultra vigencia de los TBI después de denunciados, se estima indispensable que el Gobierno adopte la decisión fundamental de aplicar una serie de políticas que le permitan un manejo coherente e integrado de la inversión extranjera.

Estas políticas, a través de sus instrumentos, deberán definir las modalidades de la inversión, las condiciones a las que se ha de someter el inversionista, y las garantías de protección y seguridad que el Estado ecuatoriano le ofrece en el ejercicio y percepción de beneficios de su gestión efectiva. Debe contener mecanismos para asegurar que el destino de la inversión extranjera se ajuste a las prioridades que señala la planificación nacional, particularmente en el contexto de los ejes de la nueva matriz productiva en marcha. También debe señalar consideraciones particulares para el caso de las inversiones extranjeras en áreas, sectores o actividades de carácter estratégico, aquellos que se deben precautelar por seguridad nacional, servicios de amplio espectro colectivo y recursos naturales bajo protección y en régimen de reservas ambientales.

De igual manera, las políticas públicas deben servir para orientar los procesos de calificación de inversiones extranjeras y disponer que los mismos contemplen requisitos de desempeño generales como rangos mínimos de ocupación de mano de obra, de transferencia de tecnologías orientadas a la innovación y el aumento de valor agregado,

componentes de capacitación laboral, condiciones de encadenamientos productivos y otros elementos específicos de acuerdo con el sector de intervención.

Es preciso, también, precautelar el flujo transparente de capitales y trabajar en mecanismos de regulación y control de las formas de elusión y evasión fiscal utilizadas por firmas extranjeras en inversiones y operaciones empresariales en el país.

Estado de los archivos públicos, inexistencia y ocultamiento de información

Uno de los graves inconvenientes que tuvo la Comisión al realizar la auditoría fue el lamentable estado y, en ocasiones, inexistente archivo público de algunas instituciones públicas. Se constató la falta de memoria institucional, la desorganización de los archivos, el cambio físico de los archivos (que ha generado la pérdida de documentos) y el desconocimiento de los actuales servidores públicos encargados de los archivos de la información con la que contaban en el pasado sus respectivas instituciones.

Asimismo, llama la atención, en algunos casos, la falta de digitalización de los archivos, el mal manejo de los documentos, y la pérdida de información debido a los documentos físicos antiguos y en mal estado, factores que han generado la pérdida de la historia documental de la administración pública. Por tanto, se debe modernizar, organizar y digitalizar los archivos públicos, a fin de que los documentos no dependan de funcionarios públicos, sino que puedan permanecer para referencia en el futuro.

Cabe señalar que en el proceso de búsqueda de información la Comisión ha tenido dificultad en el acceso a archivos y la identificación de documentos en estos. Incluso, ante requerimientos de información a distintas instituciones por parte de la Comisión, en algunas ocasiones se recibió respuesta de la inexistencia de documentación, lo cual podría implicar su ocultamiento. Esto provocó que la investigación realizada por la Comisión se prolongara y que no se cuente con todos los elementos necesarios para el desarrollo de la auditoría.

Profesionalización de la Administración Pública

Uno de los aspectos importantes para el fortalecimiento de la administración pública es la capacitación de los servidores públicos. Se debe procurar que las personas encargadas de la negociación o revisión de tratados internacionales de inversiones y la administración de contratos de Estado, prevengan posibles contingentes durante la negociación y redacción de los mismos, y a futuro eviten el escalamiento de conflictos, procurando soluciones

que beneficien al país. Para lograrlo, la profesionalización de los servidores públicos es necesaria, para que su trabajo responda a las necesidades del Estado y no de los gobiernos.

El aparataje estatal debe estar consolidado y encaminado bajo políticas y directrices que garanticen la seguridad jurídica en todos los aspectos. De esta manera se promueve la inversión bajo reglas claras que fomenten la concreción y ejecución de proyectos de inversión de gran escala. Con estos objetivos se debe también promover una mayor transparencia en el manejo de la administración pública, evitando los conflictos de interés.

Recomendaciones respecto de actividades especulativas, evasión fiscal y control de flujo de capitales

Entre los hallazgos de la auditoría ha tenido relevancia la figura de la subcapitalización, ingreso de capitales como créditos en lugar de inversión, utilizada por empresas extranjeras de forma progresiva y recurrente desde la década de los noventa. También se presume la conformación de consorcios y subsidiarias para ocultar o disfrazar los flujos de capitales. A partir de los indicios que señala la auditoría, se sugiere constituir instancias de investigación detallada a casos, inclusive judicializados, para determinar la magnitud de los perjuicios ocasionados al Estado en todo el tiempo de las operaciones empresariales.

Generación de una nueva métrica para evaluación del comportamiento de los capitales extranjeros

El sistema mundial de inversiones ha direccionado el tipo de métrica utilizada para monitorear la Inversión Extranjera Directa (IED) en los diferentes países. Las estadísticas acerca de IED, que tienen por base la aplicación de los manuales del FMI, no aportan información relevante para cuantificar el impacto de la IED debido a que se centran en medir flujos de entradas y salidas de inversión, y no en las características de dichas inversiones.

En esta línea, se requiere la generación de una nueva métrica que permita evaluar y dar seguimiento al comportamiento de los capitales extranjeros en cuanto a criterios vinculados con los derechos constitucionales, la planificación prospectiva para el Buen Vivir, y normativas vigentes como: generación de valor agregado, generación de empleo, transferencia de tecnología, contribución fiscal, entre otros. Dado que varias instituciones públicas participan en la recolección, seguimiento, sistematización y verificación de los datos de inversión, se

sugiere que las políticas o directrices que delinee la nueva métrica sean desarrolladas de forma interinstitucional por el sistema estadístico nacional.

Sobre la base de esta nueva métrica para la inversión, se debería diseñar una herramienta de decisión que permita a las autoridades públicas competentes definir el nivel de protección que se brinde al inversionista, y los instrumentos adecuados para promover una inversión que cumpla con los criterios de desarrollo de la Constitución, del Plan para el Buen Vivir, y de la ley. Además, debe proveer criterios para diseñar y monitorear el cabal cumplimiento de los requisitos de desempeño comprometidos por el inversionista, en caso de la suscripción de contratos de inversión. Un ejemplo de una herramienta de decisión se presenta en el anexo correspondiente del Informe Final de CAITISA.

La generación de esta nueva métrica, dado su carácter innovador en la región, requiere una nueva institucionalidad, o la generación de novísimas capacidades en los organismos nacionales competentes para el seguimiento de la IED. Así mismo, requiere ajustar los sistemas de información estadística y los registros administrativos, con el objetivo de levantar información confiable.



CAITISA