

Relaciones  
Ecuador-Estados Unidos:  
Situación Actual  
y Perspectivas

FLACSO - QUITO

**PLANEX**  
**2020**

Plan Nacional de Política Exterior 2006-2020

# Índice

## **Presentación**

*Emb. Francisco Carrión Mena* ..... 3

## **¿Qué es el PLANEX 2020?**

*Javier Ponce Leiva* ..... 5

## **Introducción**

*Javier Ponce Leiva* ..... 11

## **Democracia y Derechos Humanos**

La Agenda de los Estados Unidos

*Michael Shifter* ..... 31

La Agenda del Ecuador

*José Valencia* ..... 39

*Giorgio Peroni* ..... 59

## **La Seguridad en las Relaciones Ecuador – Estados Unidos**

La Agenda de los Estados Unidos

*Bruce Bagley* ..... 63

La Agenda del Ecuador

*César Montúfar* ..... 69

*Carlos Espinosa* ..... 101

## **Relaciones Económicas Ecuador – Estados Unidos**

El Futuro de las Relaciones Económicas

Estados Unidos - Ecuador, De qué depende?

*Augusto de la Torre* ..... 109

## **Intercambio Comercial Ecuador - Estados Unidos**

El Comercio entre Ecuador y Estados Unidos

*Julio Oleas* ..... 139

## **Las Inversiones de EEUU en Ecuador**

Las Inversiones de EEUU en Ecuador

*Fander Falconí* ..... 181

*Eduardo Cabezas Molina* ..... 200

**Propiedad Intelectual**

Políticas de Ecuador y Estados Unidos en Propiedad Intelectual

*Santiago Bustamante* ..... 203

**Solución de controversias**

Los Contenciosos entre Empresas de EEUU y el Estado  
o ciudadanos ecuatorianos

*Alberto Wray* ..... 211

## **Los Contenciosos entre Empresas de EEUU y el Estado o ciudadanos ecuatorianos**

*Alberto Wray*

Una vez que la controversia se entabla formalmente ante un juez, no resta sino buscar la mejor defensa posible. Por eso, en términos de diseño de políticas públicas habría más bien que tratar de identificar cuáles son las medidas adecuadas para impedir que las controversias surjan, disminuir su número y evitar, en último término, que lleguen a convertirse en juicio, cualquiera que sea la naturaleza del juez o tribunal que deba decidir las.

Para contribuir a ello, intentaré examinar, por una parte, el marco jurídico en el cual las controversias entre empresas de Estados Unidos y el Estado o ciudadanos ecuatorianos se desenvuelven y, por otra, las características de las controversias existentes, a fin de identificar algunos de los factores que han contribuido a generarlas.

Hay casos en los cuales los puntos de vista y los intereses de las partes son realmente irreconciliables y el juicio resulta inevitable. Pero cuando los índices muestran un grado de conflictividad notablemente superior al de otros países, como ocurre en las relaciones entre empresas estadounidenses y el Estado ecuatoriano, hay que preguntarse, necesariamente qué hacemos o dejamos de hacer para entrar en litigios con tanta frecuencia.

Según estadísticas cortadas a noviembre del año pasado, Ecuador es, después de Argentina y México, el país de América Latina que más casos relacionados con inversiones tiene ante los tribunales internacionales de arbitraje. Los 42 casos de Argentina, resultaron, casi todos, de la incidencia en los contratos públicos de las medidas adoptadas como consecuencia de los cambios en su régimen monetario. Los 17 casos de México, han surgido en el marco del Tratado de Libre Comercio de América del Norte y no exceden en mucho a los 11 que por la misma causa tiene Estados Unidos.

Ecuador figura a continuación con siete casos, a los cuales se hará referencia más adelante<sup>1</sup>.

Cuando se trata de invertir capitales, sin embargo, las imágenes y las impresiones casi cuentan más que las realidades. Y ese es tal vez el principal desafío en términos de política exterior: cambiar la imagen del Ecuador, porque la actual, no es buena.

En el informe presentado al Comité de Procedimientos de la Cámara de Representantes por una delegación de congresistas que había visitado el País en julio del año pasado, se califica al ambiente para los negocios en el Ecuador como poco favorable y hasta hostil<sup>2</sup>. Un año antes, en un informe presentado ante el Comité de Relaciones Exteriores de la misma Cámara, un alto funcionario del Departamento de Estado había dicho que casi todas las compañías estadounidenses que operan en el Ecuador enfrentan problemas con entidades gubernamentales ecuatorianas. Más aun, el funcionario afirmaba tener información de que las entidades gubernamentales, especialmente en las áreas petrolera, de telefonía y electricidad, "*rutinariamente*" violan sus contratos con las empresas privadas, sean éstas nacionales o extranjeras<sup>3</sup>. Al concluir su análisis acerca de la situación en Ecuador, este funcionario la resumió en términos sumamente ilustrativos: el capital, dijo, es muy cobarde. Una vez que se asusta y levanta el vuelo, es muy difícil atraerlo de nuevo.

La información oficial que proporciona el Departamento de Estado en su portal de *internet* sobre el clima de los negocios en el mundo, al referirse al Ecuador no solamente incluye parecidas valoraciones, sino que además explica con cierto detalle la incidencia de otros problemas: inobservancia del marco legal, algunas de cuyas disposiciones rigen tan solo nominalmente, falta de coherencia en las decisiones judiciales y administrativas, corrupción<sup>4</sup>.

Nadie puede negar las dimensiones del problema.

Sin duda, las pretensiones de los inversionistas son con frecuencia desmesuradas o, simplemente, impertinentes y la posición del Estado jurídicamente correcta. Pero en el contexto descrito y para

---

<sup>1</sup> Latest Developments in Investor - State Dispute Settlement, HA Monitor, No. 4 (2005), UNCTAD, Ginebra, 2005

<sup>2</sup> U.S. House of Representatives, Committee on Ways and Means, Report on Trade Mission to Colombia, Ecuador and Perú, September 2005.

<sup>3</sup> Testimonio de E. Anthony Wayne, Assistant Secretary of State, Bureau of Economic and Business Affairs, 6 de Octubre de 2004. disponible en [http://www.house.gov/international\\_relations/108/wav100604.htm](http://www.house.gov/international_relations/108/wav100604.htm)

<sup>4</sup> 2005 Investment climate statement. Ecuador en <http://www.state.gov/e/eb/ffd/2005/43025.htm>

los fines que con estos Seminarios se persigue, el resultado final de los procedimientos judiciales casi viene a ser secundario.

Es la imagen percibida lo que cuenta. El peso de la imagen, por cierto, cuenta también procesalmente: en todos los casos en los que me ha tocado defender al Estado ecuatoriano en contra de empresas estadounidenses, la cita de los informes del Departamento de Estado forma invariablemente parte de las argumentaciones de los demandantes.

## 1. Distinciones iniciales

El perfil procesal y en general las características jurídicas de una controversia dependen más del Estado en que tal controversia deba ventilarse y de la ley aplicable, que de las partes involucradas en ella. La primera distinción que debe hacerse, en consecuencia, es aquella relativa al lugar en que la controversia se ha suscitado. Las originadas en los Estados Unidos, por un lado y las suscitadas en el Ecuador, por otro.

### 1.1 Controversias suscitadas en Estados Unidos

En principio, las controversias entre empresas de Estados Unidos y ciudadanos ecuatorianos que se susciten en el territorio de ese país, están sujetas íntegramente al derecho y a los jueces estadounidenses y, en cuanto se trata de litigios surgidos fuera del territorio nacional entre dos particulares, quedan fuera del campo de análisis asignado para estos diálogos, orientados, en último término, a reunir criterios para la elaboración de un Plan Nacional de Política Exterior<sup>5</sup>.

Aunque se susciten y se ventilen en el extranjero, sin embargo, hay ciertas controversias frente a las cuales el Gobierno ecuatoriano no puede ser mero espectador.

Entre éstas están, en primer lugar, las que surgen como consecuencia de medidas gubernamentales o de actuaciones de la autoridad pública en Estados Unidos que afecten o puedan afectar a los productos de exportación ecuatorianos y, consiguientemente, a empresas ecuatorianas o bien a ciudadanos ecuatorianos en el exterior, particularmente a los inmigrantes.

<sup>5</sup> Podría ocurrir, por cierto, que como consecuencia de una decisión de las cortes estadounidenses negando tener jurisdicción sobre el caso, éste termine ante la justicia ecuatoriana. Esto es precisamente lo que sucedió, por ejemplo, con la demanda contra Texaco, originalmente presentada por ciudadanos ecuatorianos ante las cortes estadounidenses.

Pese a su importancia y, tal vez, precisamente debido a ella, tampoco corresponde analizarlas detalladamente en este espacio.

Las controversias que tienen que ver con los productos de exportación ecuatorianos eventualmente afectados por medidas restrictivas del comercio, si no pueden ser superadas gracias a la gestión diplomática, tendrán que debatirse en foros especializados cuyo análisis y tratamiento excede el ámbito de las relaciones bilaterales.

En el caso de los inmigrantes, la atención que ha de ponerse a la obligación internacional de brindarles Asistencia Consular si son objeto de procesamiento en el extranjero, es solamente parte de una política general sobre migración, cuya consideración excede también los límites de este trabajo.

Hay un segundo tipo de controversias que, aunque se ventilen en el territorio y ante las cortes estadounidenses, tienen que ver directamente con el tema que aquí se examina. Son las que van dirigidas en contra del Estado ecuatoriano, es decir, las que tienen al Estado ecuatoriano - o a una de sus dependencias - en calidad de demandado.

## **1.2 El Estado ecuatoriano ante las cortes estadounidenses**

El principio según el cual un Estado extranjero goza de inmunidad frente a la justicia local, está reconocido por la legislación estadounidense mediante la llamada *Sovereign Immunities Act* de 1976. La inmunidad comprende también a cualquier subdivisión política, agencia, órgano o dependencia de dicho Estado, inclusive a una persona jurídica distinta del Estado organizada bajo una forma societaria, si dicho Estado tiene en ella interés mayoritario<sup>6</sup>.

Pero el de la inmunidad no es un principio absoluto. Las excepciones están concebidas a partir de categorías bastante generales y, como es característico en la práctica judicial estadounidense, su significado y alcance evolucionan con la jurisprudencia. Como procesalmente al Estado le correspondería invocar la inmunidad y a la parte demandante demostrar la ocurrencia de la excepción, aunque en el caso termine prevaleciendo el principio de la inmunidad, al menos habrá controversia respecto de la existencia o no de las causas de excepción.

---

<sup>6</sup> USCode: Title 28, 1603, 1604

La primera de las situaciones de excepción es la renuncia a la inmunidad<sup>7</sup>. Hay que tener en cuenta que en la práctica judicial estadounidense se entiende haber renunciado no solamente cuando se la ha presentado de manera expresa, usualmente al suscribir un contrato, sino también cuando puede deducirse de las circunstancias. Una vez que se ha renunciado a la inmunidad, tal renuncia no puede retirarse, sino conforme a los términos de la misma renuncia.

La segunda excepción importante para este análisis, es la relativa a lo que la ley llama actividad comercial del Estado en los Estados Unidos, entendiéndose por tal no solamente la conducción habitual de negocios, sino la realización de cualquier acto en particular que tenga naturaleza comercial, aunque no obedezca a un propósito comercial del Estado en cuestión<sup>8</sup>. La conducta calificada como comercial, de otro lado, no necesariamente debe haberse producido dentro del territorio estadounidense. Está comprendido dentro de la noción también cualquier acto realizado fuera del territorio de los Estados Unidos que tenga relación con alguna actividad comercial del Estado desarrollada en cualquier otra parte del mundo, si tal acto tiene un “efecto directo” en los Estados Unidos. En el caso *Argentina c. Weltover Inc*<sup>9</sup>, por ejemplo, la Corte Suprema estadounidense consideró que la República Argentina había perdido su inmunidad al haber emitido bonos que tenían a Nueva York como uno de los lugares de pago, porque se estaba ante un acto comercial con un efecto directo en los Estados Unidos.

Otra de las causas de excepción que conviene recordar, es la relativa a los convenios de arbitraje. El Estado extranjero deja de tener inmunidad si la acción tiene como propósito poner en ejecución un convenio de arbitraje o ejecutar un fallo arbitral, si el arbitraje debe tener lugar en los Estados Unidos; si el convenio o el fallo están sometidos a las normas de un convenio internacional para el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros que esté vigente en los Estados Unidos o si la materia de la disputa arbitral pudiese estar comprendida en cualquiera de las otras causas de excepción<sup>10</sup>.

<sup>7</sup> US Code: Title 28, 1605 (a) (1)

<sup>8</sup> “A “commercial activity” means either a regular course of commercial conduct or a particular commercial transaction or act. The commercial character of an activity shall be determined by reference to the nature of the course of conduct or particular transaction or act, rather than by reference to its purpose” US Code: Title 28, 1603. (d).

<sup>9</sup> *Republic of Argentina v. Weltover Inc.* 112 S.Ct 2160 (1992)

<sup>10</sup> US Code: Title 28, 1605 (6)



Precisamente el único caso en el cual el Ecuador está litigando ante una corte estadounidense, tiene como fundamento la supuesta existencia de un convenio arbitral cuya fuerza vinculante habría heredado CEPE de la compañía Gulf, al entrar en consorcio con la petrolera Texaco.

En el supuesto que se está examinando, está claro que la primera medida consistiría en restringir al máximo las posibilidades de que se aplique al Estado ecuatoriano alguna de las excepciones al principio de la inmunidad. Pero habrá ocasiones, y no pocas, en las que una entidad del sector público tenga que comprar o vender algo en alguna parte y que tal acto tenga un efecto directo en los Estados Unidos, aunque fuese por medio de alguna de las entidades financieras que tienen allí su sede de operaciones. O que haya un contrato celebrado en el exterior, en cuya virtud las diferencias que surjan se someten a las cortes estadounidenses o a un tribunal arbitral cuyos procedimientos deban cumplirse en territorio de los Estados Unidos. De manera que las posibilidades de que alguna de las entidades o empresas ecuatorianas del sector público pueda encontrarse dentro de estas situaciones de excepción, no son escasas.

## **2. Las controversias en el marco del tratado sobre inversiones con Estados Unidos**

El Tratado para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones suscrito entre el Ecuador y los Estados Unidos en 1993, entró en vigencia el 11 de mayo de 1997.

Es el instrumento en el que se establecen normas específicas a las que han de sujetarse tanto el tratamiento a las inversiones cuanto las controversias que puedan surgir entre el inversionista y el Estado receptor.

### **2.1 El contenido del Tratado y las lecciones que pueden recogerse de las controversias existentes**

La estructura y el contenido del instrumento corresponden al modelo utilizado por los Estados Unidos a la época en que fue suscrito, con modificaciones muy puntuales que están descritas en el informe del Secretario de Estado con el cual la Casa Blanca remitió al Senado el texto del convenio para su aprobación<sup>11</sup>.

---

<sup>11</sup> Departamento de Estado, S/S 9320385, Septiembre 7 de 1993

Aquí no se hará un análisis in extenso de las disposiciones del Tratado, sino solamente una referencia en la medida en que sea necesaria a las que han servido de base o fundamento para las pretensiones de los demandantes en las controversias que se han producido.

### **2.1.1 Trato no menos favorable que al inversionista nacional**

El principio, de uso general en esta clase de instrumentos, consta en el artículo II.1, según el cual el Ecuador se obliga a tratar a las inversiones y sus actividades afines *“de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades”*.

En cuanto coincide en esencia con la disposición constitucional según la cual la inversión nacional y extranjera están garantizadas en iguales condiciones (artículo 244, número 1), la disposición del Tratado parecería poco conflictiva. En la práctica, sin embargo, no es así.

Está, en primer lugar, la distancia entre los enunciados normativos y su aplicación real. Para un tribunal internacional, el marco legal vigente es la primera referencia respecto del tratamiento nacional debido al inversionista en determinadas circunstancias. Si ese tratamiento no coincide con el recibido por el inversionista extranjero en el caso concreto, se tiene ya un primer elemento fáctico a partir del cual fácilmente puede construirse, como en efecto ha ocurrido, un argumento que sustente reclamaciones a través de las cuales lo que pudo haber sido en el ámbito nacional la defectuosa aplicación de una norma interna o su falta de observancia, ha pasado a convertirse en el incumplimiento de una obligación internacional.

Están, de otro lado, el apreciable grado de ineficacia de ciertas normas y la falta de coherencia en las decisiones, de lo que resultan exigencias - o beneficios - que se aplican a unos y a otros no. Los cambios en la administración han traído con frecuencia modificaciones en los criterios o en las políticas. Y así, aunque no haya existido la intención de hacerlo, se ha introducido un tratamiento desigual, según los argumentos de los demandantes, con los parámetros establecidos en el tratado.

Las crisis fiscales a consecuencia de las cuales ha sido necesario establecer cierto orden de prelación en los pagos, han dado también lugar a situaciones de conflicto, si quien cobró primero ha sido un inversionista nacional.

### 2.1.2 Trato no menos favorable que el otorgado a inversiones de terceros países

Los veintiún convenios sobre inversiones vigentes en el Ecuador, aunque tienen mucha semejanza en su contenido general, no son idénticos. En el tratamiento de varios temas estas diferencias, casi imperceptibles, se han invocado en apoyo de un reclamo concebido en el marco de un convenio distinto. Así aconteció en el caso de Occidental, por ejemplo, en el cual la demandante argumentó que no se le había devuelto el IVA, mientras que si se lo había hecho a las exportadoras de flores y de productos del mar. Y en respuesta al argumento ecuatoriano en el sentido de que el Tratado con Estados Unidos aludía a un trato igual en situaciones semejantes y que esta no lo era, puesto que se refería a actividades económicas por completo distintas, la petrolera invocó las disposiciones de los convenios suscritos con España y con Argentina, en cuyo texto no consta la exigencia de que el trato igual debía reconocerse solamente ante situaciones semejantes.

La diversidad entre los convenios vigentes respecto de los mecanismos de solución de conflictos es también considerable, como puede apreciarse en el Cuadro comparativo. Aunque en la doctrina la aplicación de la cláusula de la nación más favorecida se ha reservado generalmente, siguiendo la regla *ejusdem generis*, a las cuestiones de fondo, es decir a las disposiciones sustantivas del tratamiento otorgado a las inversiones, en el caso *Maffezini* un tribunal del CIADI extendió el principio también a las normas sobre solución de controversias, por estimar que formaban parte del sistema de garantías para la inversión<sup>12</sup>.

### 2.1.3 Trato justo y equitativo

Según el artículo II.3 (a) del TBI, “*las inversiones, a las que se concederá siempre un trato justo y equitativo, gozarán de protección y seguridad plenas y, en ningún caso, se les concederá un trato menos favorable que el que exige el derecho internacional*”.

La jurisprudencia del CIADI ha distinguido dos versiones de este principio en los diversos convenios sobre inversiones. Ambas con diferente alcance. En la primera versión, que se dice ligada al derecho internacional consuetudinario, el alcance del principio esta-

---

<sup>12</sup> Maffezini c. España, Caso CIADI ARB 97/7, 25 Enero 2000

ría limitado, básicamente, al cumplimiento de las obligaciones de no denegar justicia y de atenderla conforme a las exigencias del debido proceso, tanto en las actuaciones judiciales como en las administrativas<sup>13</sup> esto es, observando una conducta transparente y predecible<sup>14</sup>. La otra en cambio, llamada autónoma (*"free standing"*) por no estar referida a ningún otro estándar de conducta, requeriría del Estado una posición pro activa, acorde con el objeto y fin de los convenios de inversión, concebidos para promoverlas y protegerlas<sup>15</sup>. Así, resultaría, por ejemplo, que el Estado se halla en la obligación de respetar y satisfacer las expectativas del inversionista resultantes de su evaluación inicial, si ha sido hecha con buena fe<sup>16</sup>.

Evidentemente, algunos inversionistas han sostenido que la cláusula incorporada en el Tratado entre Estados Unidos y Ecuador corresponde al segundo tipo, a pesar de la opinión en contra del Tribunal que decidió el caso Occidental<sup>17</sup>, que es el único precedente hasta la fecha

Pero aun la interpretación más restringida del principio ha resultado problemática, como lo demuestra, precisamente, el fallo del Tribunal Arbitral en el caso Occidental. Prescindiendo de cualquier valoración sobre el contenido de esta decisión, importa notar que lo que al Tribunal le mueve a decidir es, precisamente, la falta de coherencia en la postura de la administración tributaria: *"la cuestión relevante para el derecho internacional en esta discusión"*, dijo el Tribunal, *"no es en qué medida existe la obligación de reembolsar el IVA, que es el punto sobre el que las partes han argumentado más intensamente, sino en qué medida el marco legal y de negocios cumple los requisitos de estabilidad y predecibilidad exigidos por el derecho internacional"*<sup>18</sup>

En general, la aplicación de reformas legales, particularmente las que se refieren a facultades de la Administración o a obligaciones de los administrados, resulta, en este contexto especialmente conflictiva, así como la de medidas adoptadas por los entes públicos para administrar determinadas crisis, como el sistema de

<sup>13</sup> Waste Management c. México, Caso CIADI ARB (AF)00/3, laudo de abril 30 2004, número 98

<sup>14</sup> Una visión crítica sobre el punto en M. Somarajah, *The International Law on Foreign Investment*, Cambridge University Press, 2004, págs. 328 a 343

<sup>15</sup> MTD c. Chile, Caso CIADI ARB/01/7, laudo de 25 de mayo 2004, número 113

<sup>16</sup> TECMED c. México, 29 mayo 2003, número 167

<sup>17</sup> OEPC c. Ecuador, número 190

<sup>18</sup> OEPC c. Ecuador, número 191

fideicomisos y prelación para los pagos entre las generadoras de electricidad.

La exigencia de transparencia, derivada de la obligación de cumplir los compromisos de buena fe, puede verse amenazada simplemente por la falta de oportunidad en las actuaciones. El ejemplo más gráfico es el de la decisión tomada por un ente público respecto a la suscripción de un convenio con una empresa extranjera. Basándose en consideraciones de orden jurídico absolutamente pertinentes, el ente público en cuestión tomó la decisión de no suscribir el mentado convenio. El problema es que lo hizo después de haber intercambiado y discutido con la empresa extranjera casi una docena de borradores, durante varios meses. Evidentemente, el argumento de que el ente público no había procedido de buena y había generado razonables expectativas en el supuesto inversionista, no se hizo esperar.

La noción de denegación de justicia, comprendida dentro de este estándar del trato justo y equitativo, también ha resultado conflictiva. No es necesario recordar en detalle las penurias por las que ha pasado la Administración de Justicia. Pero hay al menos un caso en el cual la inexistencia de Corte Suprema a la fecha en que la reclamación se formalizó en el CIADI, servía de fundamento para sostener que, hallándose pendiente una demanda ante dicha Corte, el Estado ecuatoriano sería responsable por denegación de justicia.

#### **2.1.4 El concepto de expropiación**

El Artículo III.1 del Tratado garantiza a las inversiones en contra de cualquier forma, directa o indirecta, de nacionalización o de expropiación salvo casos de interés público y mediante el pago de una indemnización “pronta, adecuada y efectiva”.

Los reclamos presentados en este sentido se apoyan en un concepto de expropiación desarrollado en la jurisprudencia del CIADI y, en general, en la jurisprudencia internacional, que abarca no solamente la forma clásica, consistente en el despojo o enajenación forzosa mediante un acto de autoridad, sino también a cualquier forma de interferencia del Estado con el ejercicio del derecho a mantener el control sobre la inversión, afectándolo sustancialmente, o con el derecho a gozar plenamente de los beneficios de la inversión, aunque el resultado de la interferencia no haya beneficiado directa-

mente al Estado<sup>19</sup>. Esto podría ser el resultado de varios actos producidos a lo largo de un período no determinado de tiempo<sup>20</sup>.

En este sentido, no solamente se han producido reclamos por la demora o la falta de pago de la indemnización correspondiente al valor de los bienes que habían pasado a poder del ente público como consecuencia de la terminación del contrato, sino también la demora en el pago de planillas por servicios, o el pago incompleto de tales planillas como resultado de la aplicación, alegadamente indebida, de multas<sup>21</sup>.

Se han presentado, otras veces, conflictos derivados de la equívoca utilización de términos por parte de la legislación o la administración nacionales. El caso del llamado permiso de operación que la Superintendencia de Compañías extiende a las compañías extranjeras domiciliadas en el Ecuador, es, tal vez, el más gráfico. El término “permiso de operación” alude, en la práctica internacional en materia de inversiones, a una autorización que el Estado extiende para llevar adelante una actividad determinada, para cuyo emprendimiento se requiere, usualmente, de una concesión o de una licencia. En ese contexto, tal permiso es un elemento sustancial de la inversión y al cancelarlo, se priva al inversionista de la posibilidad de gozar de los beneficios de ésta. No es este el significado que la expresión tiene en nuestro medio. El permiso de operación no es otra cosa que la constancia de que una compañía extranjera ha cumplido los requisitos exigidos por la ley para poder mantener una sucursal en el Ecuador, sin referencia a un proyecto productivo en particular. Tal permiso puede cancelarse en los casos y por las causas previstas en la Ley de Compañías, sin que por ello haya lugar a indemnización alguna, porque no se afectan los derechos del inversionista. Pero el empleo de la expresión por nuestra ley con un significado diferente al que tiene en la práctica internacional, ha dado pie a que se alegue la existencia de una expropiación.

### 2.1.5 La cláusula de cumplimiento general

Por el Artículo II.3 (c) del Tratado, el Ecuador se obliga a “cumplir los compromisos que haya contraído con respecto a las inversiones”.

<sup>19</sup> Santa Elena c. Costa Rica, Caso CIADI ARB 96/11/ laudo febrero 17, 2000 número 77

<sup>20</sup> TECMED c. México, 29 mayo 2003, número 114

<sup>21</sup> La jurisprudencia ha aclarado, por cierto, que la mera retención de un pago contractual no constituye expropiación: Waste Management c. México, número 115.

Esta disposición, a la que algunos llaman cláusula paraguas, traduciendo del inglés la expresión que se ha generalizado en la literatura especializada, ha servido para sostener que las obligaciones del Estado adquiridas contractualmente, se han transformado en obligaciones de derecho internacional. Aunque la jurisprudencia más reciente ha delimitado adecuadamente el alcance de cláusulas como ésta<sup>22</sup>, los demandantes, invocando otros precedentes en los cuales el principio aparece enunciado de manera más general, la han extendido de manera tal que en su argumento, todo incumplimiento contractual es, por virtud de esta cláusula, un incumplimiento del Tratado.

## 2.2 El sistema de solución de controversias en el Tratado con Estados Unidos

Según el artículo VI.2 del Tratado, las diferencias que surjan entre un inversionista y el Estado receptor, si no se han resuelto mediante consultas y negociaciones, dan derecho para que el inversionista escoja entre someter la controversia a los tribunales locales o a un tribunal arbitral constituido en el marco del sistema CIADI o bajo las reglas de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o al que las partes definan en un convenio.

Ambas vías son excluyentes. Una vez escogida una de las dos, no se puede, en principio, intentar la otra aunque la primera se haya agotado.

Al diseñar una política estatal sobre solución de controversias, la meta debería ser la creación de condiciones adecuadas para que al ejercer la opción, se prefiera la vía de las cortes locales. La diferencia en costos es tan grande, que también al inversionista le resultaría conveniente, si la justicia local ofreciera condiciones de predecibilidad, transparencia, seriedad y celeridad.

Por lo pronto, lo que se advierte además es una ausencia total de visión estratégica en el manejo de los conflictos por los abogados del sector público. Parecería que hubiesen trabajado precisamente en el sentido contrario, es decir, con la intención de desalentar al inversionista sobre la posibilidad de acudir a las cortes locales. Al menos en dos de los casos actualmente sometidos a los tribunales arbitrales, la cuestión llegó a ellos después de que *a petición del Estado*, los jue-

---

<sup>22</sup> Impregilo c. Pakistán, Caso CIADI ARB 03/3, número 210; también CMS c. Argentina, Caso CIADI ARB 01/8, laudo, número 299

ces declararon la nulidad del juicio planteado localmente por consideraciones de forma, dejando de esta manera abierta la posibilidad de acudir al arbitraje internacional, opción que se habría extinguido sin duda de haber existido pronunciamiento judicial sobre el fondo.

Hay que decir, para concluir este punto, que existiendo en el Tratado un compromiso para aceptar el arbitraje del CIADI, no debería, por regla general, discutirse ni suscribirse convenios específicos de arbitraje sobre una controversia en particular si el conflicto va a ser resuelto según las normas del Tratado con Estados Unidos sobre Inversiones. La respuesta del Ecuador a las solicitudes orientadas a ese propósito debería ser siempre la misma: “existe el Tratado, en el cual está previsto un sistema de solución de controversias. Respetamos esas reglas y nos remitimos a ellas”.

### **2.3 Los principios de derecho menos advertidos en la práctica administrativa**

El recuento que acaba de hacerse ofrece algunos elementos para identificar las razones por las cuales se producen tantas controversias. Todos tienen que ver con ciertas prácticas que habría que erradicar de la gestión administrativa y que, de un modo u otro, contradicen o se apartan de ciertos principios jurídicos que, aunque conocidos en su formulación, parecen haberse olvidado en los hechos. Entre estos principios hay cuatro, al menos, que deben mencionarse especialmente.

#### **2.3.1 No puede alegarse el derecho interno como justificación para el incumplimiento de una obligación internacional**

Este principio, fundamental en las relaciones internacionales, está recogido en el artículo 27 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, ha sido reiteradamente aplicado por los tribunales internacionales de arbitraje.

La cuestión adquiere particular relevancia debido a los mecanismos de internacionalización de las obligaciones adquiridas contractualmente por el Estado, que ya se han examinado.

Esto supone un cambio radical en la actitud de los órganos públicos ecuatorianos al manejar este tipo de relaciones. Oliver W. Holmes decía que el derecho no es sino un conjunto de predicciones acerca de lo que los jueces harán de hecho. En este sentido y desde el punto de vista de quien asesora al sector público respecto de las



consecuencias jurídicas de determinada conducta, el parámetro que sirva de referencia no debería ser lo que eventualmente hará el juez local, sino cual será la evaluación que del tema haga un tribunal internacional.

Para ello, evidentemente, se requiere en primer lugar tener acceso a la información y contar con las destrezas profesionales adecuadas para aprovecharla.

### **2.3.2 Los actos de los funcionarios en ejercicio de sus atribuciones comprometen al Estado, aunque desde el punto de vista del derecho interno puedan ser legalmente defectuosos**

En cierta forma, este principio no es sino una concreción del anterior. Consta entre los Artículos sobre la Responsabilidad del Estado por Hechos Internacionalmente Ilícitos (Artículo 7), que es una recopilación de principios elaborada por la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Internacional y ha sido también reiteradamente recogido por los tribunales de arbitraje.

La Corte Interamericana de Derechos Humanos ha recogido el principio con absoluta claridad en el caso Velásquez Rodríguez y ha dicho que *“en Derecho Internacional, el Estado es responsable de los actos de sus agentes ejecutados en su calidad oficial y de sus omisiones, aun cuando esos agentes actúan fuera del ámbito de su competencia o violan el derecho interno”*<sup>23</sup>

Como observa el Profesor Crawford en sus Comentarios, la dificultad en la aplicación de este principio reside en establecer cuándo un funcionario actúa en su condición de tal y cuándo se trata de un “comportamiento escandaloso de personas que son funcionarios” tan alejado del comportamiento oficial, que debería ser tratado como el acto de un particular “que resulta ser un agente del Estado” pero que no puede comprometer a éste<sup>24</sup>.

De lo que se está hablando aquí, en todo caso, es de los actos de los funcionarios que actúan aparentemente dentro de los límites de sus atribuciones, ejecutando las tareas habituales propias de su función.

---

<sup>23</sup> Corte IDH, Caso Velásquez Rodríguez c. Honduras, sentencia de 29 de julio de 1988, párrafo 170 en [http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/serie\\_04\\_esp.pdf](http://www.corteidh.or.cr/seriecpdf/serie_04_esp.pdf)

<sup>24</sup> James Crawford, *The International Law Commission's Articles on State Responsibility: Introduction, Text and Commentaries*, Cambridge University Press, 2002, p. 106 - 110.

También respecto a esta cuestión habría que crear las condiciones para que los órganos de sector público, especialmente los que brindan asesoría legal así como los que ejercen funciones de control, tengan presente los principios del derecho internacional al evaluar una conducta o aconsejar una determinada línea de acción.

La actuación de los órganos de control merece una mención especial. En no pocos casos, el funcionario público encargado de adoptar una decisión ha manifestado verse atrapado entre la posibilidad de recibir una glosa o una sanción administrativa y la de ahondar la controversia con el inversionista extranjero. Si los órganos de control no comparten la misma preocupación que los órganos ejecutores en cuanto a la necesidad de actuar conforme a los principios del derecho internacional, poco habremos adelantado.

### **2.3.3 A todo contrato se entienden incorporadas las leyes vigentes al tiempo de su celebración. En consecuencia, la aplicación de las nuevas normas con efecto retroactivo altera el marco contractual y es indebida.**

Hay cierta tendencia a solucionar los problemas con medidas legislativas. La experiencia pasada es útil para modificar las leyes, ciertamente, pero las nuevas normas tienen que aplicarse para el futuro, no con efecto retroactivo.

La antigua aserción según la cual podía la nueva ley tener efecto retroactivo si el legislador expresamente quería dárselo por razones de orden público, ha quedado, en mi criterio, constitucionalmente limitada desde la introducción con las reformas de 1998, de la seguridad jurídica como derecho personal y, en el caso de los contratos para la prestación de servicios públicos, expresamente prohibida por el artículo 249 de la Constitución.

Es esta la puerta de numerosos conflictos. El funcionario ejecutor no puede menos que sentirse presionado por el peso de una disposición legislativa -o reglamentaria- de carácter expreso. La cuestión es -otra vez- no solamente advertir cuál podría ser la decisión de los órganos locales de control constitucional, que no siempre le toman en serio a la Constitución, sino la que puedan tomar los tribunales internacionales que, sin duda, lo harán.

### **2.3.4 Un acto del cual hayan nacido derechos para terceros no puede revocarse, aunque para revocarlo existan consideraciones de legalidad.**

Es también un principio de derecho interno, con frecuencia ignorado en la práctica. Cuando hay consideraciones de legalidad que obligarían a reformar el alcance y contenido de una decisión administrativa de la cual han nacido derechos para terceros, según nuestro sistema legal, debería el órgano público ejercitar una acción de lesividad, no reformar o revocar unilateralmente el acto.

Con frecuencia, no ocurre así.

#### **2.3.4.1 La falta de recursos**

No es difícil advertir entre los casos examinados, algunos argumentos de muy difícil sustentación jurídica. Por lo general, aunque aparezcan en el juicio, no son éstos el origen de las controversias, sino que éstas suelen tener como elemento generador o el retraso en los pagos, o la falta de pago o la discrepancia sobre la cantidad debida por los conceptos previstos en el contrato. Cuando la controversia sobre los pagos llega a un punto crítico, entonces los inversionistas suelen ampliar su lista de agravios, para presentar una reclamación que cubra todos los aspectos posibles.

La falta de una oportuna disponibilidad de recursos, se convierte, de esta manera, en el principal elemento generador de controversias.

Con los costos de la controversia, aunque el resultado sea favorable al Estado, lo que pudo haber sido el producto del celo por proteger los recursos fiscales o por emplearlos de una manera más racional, termina, casi siempre, costándole al Estado más de lo que al principio se había calculado.

Intimamente relacionado con este tema, está el de la reticencia de los funcionarios a solucionar las diferencias mediante acuerdos transaccionales a fin de evitar que se prolonguen y se incrementen su monto. Esta, que es una práctica común en el sector privado, despierta explicables suspicacias en el sector público. Y la forma en que han actuado los órganos de control, ha contribuido a incrementar esas suspicacias.

### **3. Las controversias suscitadas en el Ecuador entre ciudadanos ecuatorianos y empresas estadounidenses**

El último tipo de controversia que podría presentarse es aquel en el que se enfrentan ciudadanos ecuatorianos y empresas estadounidenses, por diferencias suscitadas en el Ecuador y sometidas, consecuentemente, a las cortes y al derecho locales.

Frente a este tipo de controversia, la obligación del Estado se reduce a crear las condiciones y a proveer de los medios adecuados para que la justicia se administre por los órganos competentes, respetando los parámetros internacionalmente aceptados.

Si hubiera denegación de justicia, en los términos del derecho internacional, el Estado podría verse sujeto a la posibilidad de responder en ese ámbito.

En este sentido, el diseño de políticas en cuanto a este tipo de controversias debería orientarse a asegurar ambas cosas: la creación de condiciones adecuadas para la administración de justicia y la neutralidad del Estado frente a la controversia.

Si se trata de una controversia que, por sus características o sus consecuencias, interesa directamente al Estado, la Procuraduría debería, en cumplimiento de su deber, intervenir en el juicio para precautelar los intereses del Estado, porque a ello está obligada por Ley.

### **4. Conclusiones**

Otros aspectos, no solamente los de orden jurídico, deberían considerarse para diseñar políticas respecto del tema de las controversias a las que se refiere este análisis. Pero las consideraciones jurídicas ni pueden ser olvidadas ni, mucho menos, sacrificadas en función de un falso pragmatismo que, a mediano plazo, termina por volverse contraproducente. Esa actitud, que en el ámbito interno ha socavado los cimientos de nuestra institucionalidad democrática, debe evitarse a toda costa en la política exterior.

Tenemos en el Ecuador poca conciencia de las consecuencias que está trayendo la globalización en el tratamiento de las relaciones jurídicas interindividuales y, particularmente, en el contenido y funcionamiento de los sistemas jurídicos nacionales. En ese sentido, la gran tarea - grande por su importancia y por sus dimensiones- consistiría en abrirse al mundo, con mucho sentido crítico, pero de tal modo que podamos asumir el fenómeno y estar en aptitud profesional para

enfrentarlo. No están haciendo eso hoy nuestras escuelas de derecho y para los abogados en general -particularmente los del sector público- estos suelen ser temas poco conocidos. Hay, entonces, una inmensa tarea de educación y capacitación por emprender.

El otro desafío es el de la información. La generación, el intercambio interno y la difusión. De ordinario, la única versión que respecto de una determinada controversia tienen nuestros funcionarios diplomáticos, es la que se han encargado de difundir las compañías reclamantes, por medio de sus poderosas divisiones de relaciones públicas. Es imposible, entonces, que en el país en que desempeñan sus funciones puedan presentar y defender la posición ecuatoriana al respecto.

Finalmente, no hay que olvidar la cuestión del fortalecimiento institucional. El manejo de las controversias está, por disposición constitucional a cargo de la Procuraduría General del Estado. La Procuraduría, sin embargo, ni siquiera forma parte del Comité Interinstitucional creado para coordinar políticas con respecto a los convenios bilaterales de inversión y apenas dispone, dentro del Departamento de Patrocinio del Estado, de uno o dos abogados que se encargan del tema. Su presupuesto, de otro lado, es insuficiente para atender las necesidades relacionadas con el manejo procesal de tales controversias.

Poco tiene esto que ver con la política exterior, se dirá. Probablemente es cierto. Pero sin estos cambios hacia adentro, no habrá condiciones adecuadas para concretar con éxito una política más exitosa en el manejo de las controversias que inciden en las relaciones bilaterales con los Estados Unidos.

Ecuador Solución de controversias en los Convenios sobre inversiones					
	Cortes locales y arbitraje	Cortes locales o arbitraje	Arbitraje	Derecho aplicable	Paraguas
Alemania	X <sup>3</sup>				X
Argentina		X		TBI y DN	
Bolivia		X		TBI y DN	
Canadá	X <sup>1</sup>			TBI y DI	
Chile		X		TBI y DN	
China		X		DN y TBI	
Cuba		X		TBI y DN	
El Salvador		X		TBI y DN	
España			X	TBI y DN	
EEUU		X			X
Finlandia	X <sup>1</sup>				
Francia			X		
Gran Bretaña			X		
Holanda		X			X
Nicaragua		X		TBI y DN	
Paraguay	X <sup>2</sup>			TBI y DN	
Perú		X			
Rumania		X		TBI y DN	
Suecia			X		
Suiza					
Uruguay					
Venezuela		X		TBI	

Procede el arbitraje, aun habiendo reclamado localmente, si no hay sentencia en 18 meses o, aun habiendo sentencia de las cortes locales, si en el fallo no se hubiere observado las normas del TBI

Procede el arbitraje, previa renuncia al derecho de reclamar ante las cortes locales

Puede optarse por el arbitraje aun habiendo reclamado localmente, si no hay sentencia en 18 meses