

**TEMA: Argumentos de las partes sobre el derecho ecuatoriano
y la decisión adoptada por el Tribunal**

Previo a abordar el tema de esta exposición parece indispensable intentar responder la siguiente pregunta:

¿Es aplicable la legislación ecuatoriana en los arbitrajes internacionales sobre inversiones?

Para responder esta inquietud debemos señalar que la doctrina de derecho internacional clásico planteaba dos teorías para explicar la relación entre el derecho local y el derecho internacional. Estas teorías son la monista y la dualista.

Para la doctrina Dualista, la cual ha sido ya superada, el Derecho internacional y el Derecho Local constituían dos órdenes jurídicos radicalmente diferentes.

Para la doctrina Monista, cuyo autor más representativos es Hans Kelsen, el Derecho Internacional y el Derecho Interno forman parte de un solo sistema por lo que existe unidad en el ordenamiento jurídico. En la actualidad esta doctrina es prácticamente unánime.

Para Kelsen, principal expositor de esta doctrina, las normas jurídicas encuentran su fundamento en una norma superior. Las normas se escalonan y la validez de cada norma depende de su conformidad con la norma de rango superior. En la cúspide de la pirámide de Kelsen se encuentra la norma fundamental que asegura la unidad y la coherencia del ordenamiento jurídico.

Si bien en sus primeros estudios Kelsen situaba como norma superior la del derecho interno, a partir de 1934 defendió que la norma fundamental es la norma de derecho

internacional. Kelsen¹ sostiene que el derecho interno es un orden derivado respecto del Derecho Internacional el cual reconoce poder a los Estados para crear normas jurídicas, por lo que la juridicidad y la obligatoriedad del derecho interno depende de su conformidad con la norma fundamental. Para Kelsen la competencia doméstica o interna está formada por los asuntos que el Derecho Internacional deje a la competencia exclusiva del Estado. En definitiva la doctrina Monista plantea que en este sistema único el derecho internacional determina los límites de la conducta de los estados en sus relaciones internacionales así como en las relaciones del derecho doméstico.

La posición de Kelsen ha sido recogida prácticamente por todas las legislaciones y en especial y de forma contundente por la doctrina y la jurisprudencia internacional.

El legislador ecuatoriano también ha incluido en su sistema jurídico esta doctrina, por lo que resulta claro que para el ordenamiento jurídico ecuatoriano el Derecho Internacional y el Derecho Interno forman parte de un sistema jurídico único, como se pasa a demostrar.

Si analizamos las disposiciones constitucionales que regulan los tratados internacionales y su incorporación al ordenamiento jurídico ecuatoriano (Arts. 161, 162 y 163) llegaremos a establecer que los tratados debidamente ratificados, aprobados y publicados en el Registro Oficial forman parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano con un valor supralegal (art 163) así como estableceremos que para que un tratado internacional forme parte del sistema jurídico ecuatoriano debe ser sometido a un análisis previo del Tribunal Constitucional. Si un tratado violare una disposición constitucional esta disposición debería modificarse previo a la aprobación del tratado por el Congreso Nacional.

Adicionalmente, la República del Ecuador suscribió, ratificó y aprobó la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, la misma que en su artículo 27 determina que Ecuador no podrá invocar disposiciones de su derecho interno como justificación del incumplimiento de un tratado internacional. Es decir, la República del Ecuador no

¹ La paz por medio del derecho

puede alegar normas de derecho ecuatoriano para incumplir obligaciones adquiridas por medio de tratados internacionales.

Del análisis de estas disposiciones se establece claramente que el legislador ecuatoriano determinó que el Derecho Internacional y el Derecho ecuatoriano forman parte de un sistema jurídico único y resulta evidente que no debe existir una disposición de derecho interno que violente el derecho internacional así como no podría existir una disposición de derecho internacional que violente el sistema jurídico ecuatoriano.

Esto no es solo una apreciación personal, el Tribunal Constitucional al menos en dos ocasiones se ha pronunciado respecto a que el derecho internacional forma parte de un todo unitario con el derecho interno. Así :

Resolución No. 12 de enero de 2001; a propósito del caso de la celebración del convenio entre Estados Unidos y Ecuador para el uso de la Base Aérea de la ciudad de Manta, el Tribunal Constitucional al sostener que no existía inconstitucionalidad en la celebración de dicho tratado sostuvo:

“... una eventual declaratoria de inconstitucionalidad no podría dejar sin efectos las obligaciones asumidas por el Ecuador en el Marco del Derecho Internacional”

Y recientemente el 5 de julio de 2007, mediante resolución No. 08-07, al pronunciarse sobre la constitucionalidad de la convocatoria a consulta popular, al interpretar los plenos poderes incluidos en el Estatuto que acompaña a la consulta popular, el Tribunal sostuvo:

“Del mismo modo, la doctrina constitucional reconoce las siguientes limitaciones al poder constituyente: a) Las impuestas por el Derecho Internacional; b) las impuestas por el derecho natural; c) Las limitaciones fácticas, es decir, las impuestas por la realidad social, económica, política o cultural de cada sociedad particular.

A. Limitaciones impuestas por el Derecho Internacional: Las sociedades políticas y los estados no están solos o aislados en el mundo, las características de la actual sociedad y del mundo globalizado imponen mínimas reglas de convivencia entre los estados. En tal sentido, el Ecuador es miembro de la ONU y de la OEA más concretamente, el Ecuador es suscriptor de la convención Americana sobre Derechos Humanos (así como de otros tratados), tratado internacional que establece entre otros derecho humanos que los estados suscriptores del tratado deben respetar: el derecho a la vida, la libertad de conciencia y religión, la libertad de pensamiento y expresión, o el derecho a la propiedad privada; por lo cual, **dichos tratados internacionales son fuentes formales del derecho constitucional**, siendo que, a la luz de la Convención de Viena sobre los Tratados, **ningún estado puede alegar normas internas para justificar el incumplimiento de los tratados internacionales, pues, la suscripción de un tratado implica la de adecuar el ordenamiento jurídico de un país para hacer efectivo el tratado no pudiendo el Estado posteriormente modificar su ordenamiento jurídico para incumplir el compromiso internacional** en razón de los principios pacta sunt servanda y bona fide que llevan explicitos los tratados internacionales” R.O. 133-S 24-Julio-2007.

De lo expuesto podemos concluir:

PRIMERO: El derecho Internacional y el Derecho interno forman parte de un sistema jurídico único y la legislación ecuatoriana así lo reconoce.

SEGUNDO: que ninguna disposición legal ecuatoriana contraviene el derecho internacional, por lo que la discusión jurídica sobre la jerarquía normativa entre D. internacional y D. Local ecuatoriano solo sería relevante si hubiera contradicción entre dos normas, lo cual no existe en la legislación ecuatoriana. Haciendo notar que si existiera, esta contradicción tanto la doctrina como la jurisprudencia internacional

se han inclinado en favor de dar mayor jerarquía a las normas de Derecho Internacional.

El fallo del caso MCI, cuyo análisis, nos ha reunido esta tarde también reconoce esta realidad, el párrafo 218 (pag.51); el tribunal sostiene:

“Para el supuesto de posibles contradicciones entre las normas de derecho ecuatoriano y el Tratado Bilateral de Inversiones y otras normas de derecho Internacional general aplicables, el Tribunal decidirá sobre su eventual compatibilidad teniendo en cuenta el contenido y propósito de dichas normas en consideración a la jerarquía de las normas internacionales sobre la normativa interna de un estado”

Ahora bien, el convenio CIADI, establece en su artículo 42 numero 1 lo siguiente:

El tribunal decidirá la diferencia de acuerdo con las normas de derecho acordadas por las partes y que a falta de acuerdo, el Tribunal aplicará la legislación del estado que sea parte en la diferencia, incluyendo las normas de derecho internacional privado, y aquellas normas de derecho internacional que pudieren ser aplicables.

En virtud de esta disposición el Tribunal del caso MCI, al determinar que era competente para conocer y resolver sobre las alegaciones de violaciones del Tratado Bilateral de Inversiones ocurridas con posterioridad a la entrada en vigor del Tratado Bilateral de Inversiones, también determinó que en vista de que las partes no llegaron a un acuerdo sobre la legislación aplicable, se aplicará la legislación ecuatoriana, incluyendo las normas de derecho internacional privado y aquellas normas del derecho internacional aplicables al caso.

En definitiva el Tribunal resolvió que en relación a las excepciones relativas a su propia competencia decidirá de conformidad con la reglas aplicables al derecho internacional (párrafo 42, Pág.11) y que en relación a los hechos posteriores a la entrada en vigor al TBI que se alegan como violaciones del Tratado, una vez que se

ha declarado competente le corresponde resolver aplicando la legislación ecuatoriana incluyendo normas de derecho internacional aplicables al caso. (párrafo 217, Pág. 51).

Queda respondida así la inquietud que nos planteáramos al inicio de esta exposición y habiéndose establecido que el derecho ecuatoriano es aplicable al análisis del fondo de la controversia, veamos en que consistía esa controversia:

Se trata de una demanda arbitral presentada ante el CIADI, mediante la cual se pretende que el Estado ecuatoriano indemnice a las compañías M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine Inc., por perjuicios valorados en más de 75´591.000 dólares que las demandantes dijeron haber sufrido como consecuencia de una supuesta conducta incompatible con las normas del derecho interno y del derecho internacional por parte de INECEL y del Estado ecuatoriano.

Las demandantes son dos compañías estadounidenses que afirman haber tenido control, a través o por medio de otras empresas, sobre las compañías SEACOAST INC y ECUAPOWER.

Los inversionistas sostuvieron que el Gobierno ecuatoriano habría inducido a Seacoast Inc a que suscribiera el contrato, asegurándole condiciones que luego incumplió.

La demanda sostiene también que INECEL:

1. Habiendo incluido en el contrato una cláusula "take or pay", según la cual debía pagar no solamente por la energía consumida, sino también por la energía garantizada, se negó a pagar por esta última;
2. A pesar de haberse comprometido a conceder una ampliación de plazo, dio por terminado el contrato unilateral e intempestivamente;
3. Aplicó multas, cuando formalmente las había condonado;
4. No pagó por el valor del combustible utilizado para la generación de energía, como se había comprometido;

5. Incumplió con la oferta de renovar el contrato por un plazo de al menos tres años.

La demanda atribuye el comportamiento de INECEL a una práctica discriminatoria y para demostrarlo compara el trato dado por las autoridades a Seacoast, con el recibido por otros contratistas nacionales (principalmente con las compañías Electroquil y Electroquito).

Sostienen finalmente que sus reclamos fueron sistemáticamente ignorados por las autoridades ecuatorianas desde 1998, a través de la conformación y discusión en un comité de liquidación; y que cuando finalmente consiguieron entablar negociaciones para concretar un convenio arbitral que permitiera una justa e imparcial solución de la controversia, ya en el año 2000, fueron nuevamente engañados por los funcionarios de turno, obteniendo primero la revocatoria del permiso de operación otorgado por la Superintendencia de Compañías y luego por la declaratoria de nulidad de un juicio iniciado en el Ecuador ante el Tribunal Contencioso Administrativo, habiéndose además producido un hostigamiento a los representantes de Seacoast por parte de funcionarios públicos.

La defensa determinó que los supuestos incumplimientos alegados se refieren exclusivamente a incumplimientos de un contrato, razón por la que se estableció que existían únicamente diferencias de interpretación de términos comerciales que no pueden ser invocadas como causas de incumplimiento de un tratado internacional.

Ecuador sostuvo que ni las discrepancias respecto del alcance de las cláusulas del contrato Seacoast sobre el precio que debía pagarse, sobre la aplicación de las multas, o sobre el plazo de duración del contrato; ni las surgidas respecto de las causas, motivos y circunstancias que condujeron a la suscripción del contrato Ecuapower; ni, mucho menos, la revocación del llamado permiso de operación de Seacoast o la incidencia de tal medida en la declaratoria de nulidad del juicio y en la interrupción de las negociaciones para un convenio arbitral, tienen la naturaleza ni las características exigidas por el derecho internacional para ser considerados actos arbitrarios, discriminatorios, que hayan sido producto de mala fe o de abierta

negligencia, o que de alguna manera puedan considerarse por debajo de los estándares exigidos por el derecho internacional

Finalmente, y debido a que los inversionistas reclamaron amparándose en el Tratado Bilateral de Inversiones, se determinó que tendrían que demostrar que dichos incumplimientos se produjeron después del 11 de mayo de 1997, fecha de entrada en vigor de dicho instrumento.

Como se ha señalado en las intervenciones anteriores, el Tribunal desechó gran parte de las pretensiones de los inversionistas y resolvió que era competente para conocer únicamente aquellos asuntos que se produjeron con posterioridad a la entrada en vigor del TBI y que son los siguientes:

1. La alegación de trato injusto e inequitativo así como la mala fe de la República del Ecuador en relación con los actos y omisiones de la Comisión de Liquidación del Contrato;
2. La alegación de trato injusto e inequitativo al revocar el permiso de operación otorgado por la Superintendencia de Compañías y la alegación de expropiación al no renovar dicho permiso;
3. La alegación de mala fe del Ecuador por no concretar un convenio arbitral, pese a la promesa recibida por parte de la Procuraduría del Estado;
4. La alegación de que la revocatoria del permiso de operación solo fue un pretexto para obtener la anulación de un procedimiento judicial; y,
5. La alegación de violación de los estándares internacionales al hostigar a los representantes legales del inversionista.

Analicemos brevemente la posición adoptada por la Republica del Ecuador y la resolución del Tribunal en cada reclamo:

i. Ante la alegación de trato injusto e inequitativo así como la mala fe de la República del Ecuador en relación con los actos y omisiones de la Comisión de Liquidación del Contrato

El contrato establecía que la liquidación de cuentas se haría con la intervención de un grupo de trabajo integrado por representantes de ambas partes. Así se conformó la llamada Comisión de Liquidación.

Las actividades de la Comisión de liquidación del contrato no prolongaron la vigencia del contrato. La obligación de liquidar las cuentas luego de terminado un contrato, es una exigencia establecida por la ley ecuatoriana con fines de control sobre el empleo de los recursos públicos.

Las partes no se pusieron de acuerdo acerca de las cuentas, porque tenían discrepancias de fondo sobre puntos de derecho, tales como las fechas en que fenecían los plazos de instalación y de duración del contrato, la pertinencia de las multas y la procedencia o no del pago por la energía no generada. La Comisión se desintegró, por decisión de SEACOAST, sin haber alcanzado un acuerdo. La posibilidad de la falta de acuerdo también está prevista en el contrato y abre la puerta al contratista para acudir ante los jueces ecuatorianos, presentando su propia liquidación y reclamando cualquier diferencia que considerare que existe a su favor.

El Tribunal resolvió que (parr. 277 y 278) la mala fe de Ecuador no puede fundarse en un no reconocimiento de las pretensiones de los inversionistas, pues la legitimidad de las expectativas del trato debido no dependen de la mera intencionalidad de las partes, sino de la certeza sobre el contenido de las obligaciones exigibles.

Como la cláusula contractual no establecía la obligatoriedad de solucionar las controversias entre las partes, la falta de acuerdo no pudo generar un incumplimiento de trato justo y equitativo. De esta manera el Tribunal desechó la pretensión de las inversionistas.

ii. Ante la alegación de trato injusto e inequitativo al revocar el permiso de operación otorgado por la Superintendencia de Compañías y la alegación de expropiación al no renovar dicho permiso

El llamado permiso de funcionamiento no es ni una autorización para invertir, ni una inversión en sí mismo. Es la constancia de que una compañía extranjera ha cumplido los requisitos exigidos por las leyes para establecer una sucursal en el Ecuador, conforme se desprende clara e incuestionablemente de la simple lectura del artículo 415 de la Ley de Compañías.

El permiso de funcionamiento de SEACOAST fue revocado porque la Compañía estaba inactiva y había permanecido en esa situación por más de tres años. Había reportado a la Superintendencia de Compañías que no tenía activos y al Ministerio del Trabajo que no tenía empleados

Con todo, si SEACOAST consideraba que la decisión era infundada, podía haber intentado una acción contencioso administrativa para dejar sin efecto el acto administrativo. No lo hizo. Podía, en último término, reabrir su sucursal si le interesaba. Tampoco lo hizo.

El Tribunal resolvió (parr. 297) que de los fundamentos invocados por la Superintendencia de Compañías al revocar el permiso de operación no surge ningún elemento que justifique calificar esa medida como violatoria del trato justo y equitativo, ni que constituya una expropiación de conformidad con el TBI, pues no existe (parr 300) ninguna interferencia sustancial del Estado que afecte el uso y goce de la inversión protegida.

Con estos argumentos se desechó esta pretensión.

iii. Ante la alegación de mala fe del Ecuador por no concretar un convenio arbitral, pese a la promesa recibida por parte de la Procuraduría del Estado

Pese a que la República del Ecuador negoció 11 borradores de un convenio arbitral, estas negociaciones no culminaron con éxito. Se determinó que la Sucursal de Seacoast en el Ecuador había entrado en liquidación y que quien actuaba como representante legal carecía de esa calidad por lo que la Procuraduría General del Estado consideró que no cabía suscribir dicho convenio. No hay mala fe en ello, más

aun tomando en cuenta que Seacoast ya no era titular de derecho alguno derivado del contrato con INECEL.

El Tribunal resolvió (parr. 318,319) que la consulta absuelta por el Procurador sobre la posibilidad de la celebración de un convenio arbitral determina la factibilidad del arbitraje como forma de solución de las controversias según el derecho ecuatoriano, pero de esta consulta no surge una obligación relativa a la celebración de dicho acuerdo. El tribunal determina que la frustración de las negociaciones para acordar un arbitraje (324) no violan el trata justo y equitativo establecido en el TBI.

Sobre la base de estos elementos el Tribunal desecho esta pretensión de las inversionistas

iv. Ante la alegación de que la revocatoria del permiso de operación solo fue un pretexto para obtener la anulación de un procedimiento judicial

En julio de 1996 el inversionista inició una acción en contra de INECEL reclamando el pago de los haberes derivados del contrato. El Juez declaró la nulidad del proceso a pedido de la Procuraduría General del Estado el mismo que contó con el allanamiento del inversionista. En su decisión el Juez no se pronunció sobre la pertinencia o no de los argumentos invocados. Se limitó a mencionar la coincidencia entre las partes.

Las inversionistas aceptaron voluntariamente la declaratoria de nulidad y no apelaron la decisión del juez, según indicaron, porque consideraron que no recibirían un trato justo en las cortes locales.

El Tribunal (parr 349) sostiene que dentro de las legítimas expectativas exigibles a un estado no pueden incluirse las apreciaciones subjetivas como la imposibilidad de lograr una solución justa a través de los recursos judiciales, especialmente si estos recursos ni siquiera fueron activados.

De esta forma el Tribunal no aceptó esta petición de los inversionistas

v. Ante la alegación de violación de los estándares internacionales al hostigar a los representantes legales del inversionista

Los hechos alegados por los inversionistas no eran otra cosa que el ejercicio de las atribuciones estatales y no constituyeron hostigamiento alguno, más aún cuando todas las medidas podrían haber sido impugnadas judicialmente.

El tribunal resolvió (371) que las acciones alegadas por los inversionistas como un continuo hostigamiento evidencian una actitud inamistosa que, evaluada individualmente o en su conjunto no configuran un trato injusto o inequitativo, discriminatorio o arbitrario en violación de los parámetros establecidos por el derecho internacional, desechando la pretensión de M.C.I.

De todo lo expuesto se concluye que la República del Ecuador demostró que no incumplió la obligación de conceder a una inversión extranjera un trato justo y equitativo, así como tampoco incumplió la obligación de brindarle protección y seguridad plenas. O que haya menoscabado con alguna medida arbitraria o discriminatoria alguna inversión de las Demandantes

CONCLUSIONES

Una vez concluido este análisis creo pertinente exponer dos conclusiones a las que hemos llegado al concluir este proceso:

La primera es que los actos de los funcionarios públicos inciden directa y de una manera crucial, tanto en la existencia de conflictos internacionales, así como en la forma en la cual el Tribunal terminará resolviendo el caso. Esto es evidente, lo preocupante de esta realidad es que no existe una conciencia clara de esta realidad por parte de nuestros servidores públicos.

Si los funcionarios públicos actúan apegados al Derecho local no habrá violación de derecho internacional que pueda ser alegada por los inversionistas, por esta razón me parece que la Unidad de asuntos internacionales, que ventajosamente se ha

creado en la Procuraduría General del Estado debería, en el futuro, entrar en un proceso serio de capacitación a los funcionarios públicos que manejan relaciones con empresas extranjeras, ya que estos funcionarios deben actuar con mayor cuidado en el cumplimiento de la legislación local pues los estándares internacionales sobre legalidad, que son los que usan los tribunales internacionales al resolver, son mas exigentes que los parámetros que usamos en el Ecuador. Caso contrario los conflictos internacionales seguirán apareciendo.

Y Finalmente, la segunda conclusión a la que hemos llegado, es que la solución de controversias a través del sistema arbitral ha demostrado ser un mecanismo imparcial y útil, con el que la República del Ecuador ha obtenido muy buenos resultados en las Cortes Internacionales, como ejemplo se pueden citar los casos de Encana, Chevron, los asuntos de banano y camarón ecuatorianos ante la OMC, el resultado favorable en relación a las medidas provisionales en el caso OXY y ahora el caso MCI.

Todos estos resultados nos hacen creer que debemos potenciar el uso del arbitraje como sistema de solución de controversias.