

Señor Presidente de la Corte Constitucional:

Dr. HARNÁN SALGADO PESANTEZ:

ALEJANDRO OLMOS GAONA, ciudadano argentino, pasaporte número AAA990688, constituyendo domicilio legal en la Avenida 12 de octubre 1035, edificio 12 de octubre, piso 10, oficina 1002, ante esa Corte Constitucional, me presento y como mejor proceda en derecho digo:

El 16 de agosto de 2019, el Tribunal de la Sala de Admisión conformado por usted, Carmen Corral Ponce y Daniela Salazar Marín admitió a trámite la acción de interpretación presentada por la ex Presidenta de la Asamblea Nacional, Elizabeth Cabezas Guerrero con base en la resolución del Pleno de la Asamblea Nacional de 28 de junio de 2018 en la que se decidió: "*Artículo 1.- Solicitar a la Corte Constitucional del Ecuador, la interpretación del primer inciso del artículo 422 de la Constitución (...)*". Tal acción de interpretación corresponde al caso N. 0002-18-IC. que oportunamente se presentara para la consideración de esa Corte.

En virtud de lo expuesto y, de conformidad con el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, vengo a presentar este *amicus curiae*, a efectos de que la Corte que Ud. preside tenga en cuenta elementos jurídicos y técnicos que fundamenten su decisión en el marco de los deberes primordiales del Estado respecto de la defensa y garantía de la soberanía nacional y la salvaguarda de los derechos previstos en la Constitución y los tratados internacionales.

PROCEDENCIA DEL AMICUS

La institución del *amicus curiae* -vocablo latino que significa "amigo de la corte"- tiene origen, como se sabe, en el derecho romano, en el cual el juez estaba facultado para pedir el consejo de un experto; el juez podía *sibi advocabit ut in consilio adessente*, según el testimonio de Cicerón (Quint. 2 Gell, XIV). En su primigenia configuración el *amicus curiae* era verdaderamente un "amigo del tribunal"; los amigos de la curia podían informar, advertir e ilustrar a la corte, incluso peticionar ante los jueces. La actuación del *amicus* no tenía, por entonces, más objeto que la de asistir a los magistrados en los casos de dudas y/o salvarlos del error. La preocupación del *amici* era la coronación de lo suyo de cada cual (*suum cuique tribuere*), de lo justo en concreto, a través del *ius dicere* del juez. Hay quienes hablan de neutralidad o imparcialidad en este período de la institución, lo que es cierto en relación a que los *amicus* no tenían compromiso con los intereses de las partes, mas podría decirse que el interés estaba más bien orientado a la conclusión justa del pleito, al cual el *amici* concurría a través de la asistencia al magistrado. Muchos autores cuentan de esta concepción tradicional en el *common law*, tal cual su descripción en el *Abbott's Dictionary of Terms and Phrases* en el que el término *amicus curie* significaba estrictamente amigo del tribunal: "Este término se aplica a un tercero, quien careciendo de interés en el caso, efectúa algunas sugerencias por su propia cuenta sobre una cuestión de derecho o de hecho para la información del juez a su cargo", y en el *Hothouse's Law Dictionary* que señala: "Cuando un juez se encuentra en dudas o equivocado en materia de derecho, un tercero puede informar al tribunal como *amicus curiae*. Los abogados en el tribunal actúan frecuentemente en tal capacidad cuando sucede que conocen un precedente que el juez no ha visto o no recuerda en ese momento"

El instituto, en el derecho anglosajón, abandonaría aquél carácter de "amigo de la corte", transformándose el *amici* en un tercero interesado y comprometido con la causa de una de las partes, que resultaría así promovida, patrocinada, apoyada, etc., por

el *amicus curiae*; la tradición anglosajona adoptó esta transformación en la inteligencia de que la intervención de terceros con aquel carácter se erigiría en el equivalente judicial de la actividad que los lobbyists realizaban en el Congreso de los Estados Unidos y en los órganos administrativos del Estado: "...el mecanismo de promoción (lobbyng) disponible para su utilización en el tribunal (brief) es el alegato del *amicus*" con más el agregado de que este lobby tendría carácter público y permitiría dar participación a la comunidad en las decisiones judiciales. Este cambio motivó la sanción de la conocida Rule 36 de las Reglas de Procedimiento de la Suprema Corte de los Estados Unidos que reglamentó la institución del *amicus*. Un caso notable fue "Edgard vs. Aguillard" (1986), en el que se presentaron como *amicus* 72 premios Nobel y otras tantas Academias de ciencia que informaron sobre el falso conflicto entre ciencia y religión. La saludable aplicación que el instituto del *amicus curiae* tuvo en el derecho anglosajón, así como en los países recipiendarios de la tradición del common law, determinó su incorporación al derecho internacional de los derechos humanos, donde la divulgación de la figura elevó la cotización del debate judicial a través del aporte esclarecedor allí donde el derecho de los tratados, la costumbre internacional o el derecho de los jueces no resultaba preciso.

En el Ecuador la figura del *amicus curiae*, fue incorporada en su legislación a partir del año 2009 en que entró en vigencia la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en cuyo artículo 12 reza lo siguiente: Cualquier persona o grupo de personas que tenga interés en la causa podrá presentar un escrito de *amicus curiae* que será admitido al expediente para mejor resolver hasta antes de la sentencia. De creerlo necesario, la jueza o juez podrá escuchar en audiencia pública a la persona o grupo interesado. Podrán también intervenir en el proceso, en cualquier estado de la causa, como parte coadyuvante del accionado, cualquier persona natural o jurídica que tuviere interés directo en el mantenimiento del acto u omisión que motivare la acción

No debe prescindirse, por último que la actuación de los Amigos del Tribunal encuentra sustento en el sistema interamericano al cual se ha asignado jerarquía constitucional (art. 75, inc. 22), pues ha sido objeto de regulación en el Reglamento de la Corte Interamericana de Derechos Humanos (art. 62.3) y ha sido expresamente autorizada por la Comisión Interamericana de Derechos Humanos con sustento en los arts. 44 y 48 de la Convención Americana"

En el presente caso, mi intervención como "amicus curiae" tiene una clara fundamentación, en el trabajo que llevé a cabo como Delegado del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, en la Comisión para la Auditoría de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), creada mediante Decreto Ejecutivo N° 1506 del 6 de mayo de 2013, publicado en el Registro Oficial 958 del 21 de mayo de 2013, la que concluyó oportunamente la tarea asignada, habiendo entregado su informe, con las conclusiones y recomendaciones al ex Presidente Rafael Correa en el año 2017.

Como Ud. debe saber, la Comisión estuvo integrada por representantes del Poder Ejecutivo como Alexis Mera, Pabel Muñoz y Viviana Bonilla, por expertos nacionales e internacionales de gran prestigio, como el ex Procurador del Tesoro de la Nación Argentina, Dr. Osvaldo Guglielmino, el miembro del Comité Interamericano de Juristas, Dr. Hugo Ruiz Díaz Balbuena, el Dr. Muthucumaraswamy Sornarajah, experto en tratados bilaterales y profesor de la Universidades de Ceylan, Singapur y Tasmania, siendo su presidente el eminente jurista colombiano, Dr. Carlos Gaviria Díaz, que fuera presidente de la Corte Constitucional de Colombia, y uno de los más prestigiosos constitucionalistas latinoamericanos. También durante el 2007/2008 fui miembro de la Comisión de Auditoría de la Deuda, y fue un honor haber sido designado por el gobierno para presentar al país los resultados de esa Comisión, en el acto en el que participaran las más altas

autoridades del país, además de invitados extranjeros. No soy un improvisado, y presento este "amicus con la intención de colaborar con su país en la medida de mis posibilidades, y debido a ello, obedeciendo a un imperativo de conciencia, le trasmito mi preocupación, ante el temor que se puedan celebrar nuevos tratados bilaterales, que no tengan en cuenta lo expuesto en esta presentación.

La Comisión realizó una auditoría integral y evaluó: i) el proceso de firma y negociación de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones (TBI) y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador, la suscripción del Convenio del CIADI y las consecuencias de su aplicación; ii) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana; iii) la validez y la pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos y decisiones emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones que han conocido procesos arbitrales en contra del Ecuador, con el fin de determinar la legalidad, legitimidad y licitud de sus decisiones e identificar inconsistencias e irregularidades que hayan provocado o puedan provocar impactos al Estado ecuatoriano en términos económicos, sociales y ambientales, y a los pueblos y nacionalidades; y iv) la Relación entre Tratados Bilaterales de Inversión, Inversión Extranjera y de las perspectivas de Desarrollo Nacional.

Después de casi dos años desde el establecimiento de la CAITISA, el pleno de la Comisión, en sesión del 14 de mayo de 2015, aprobó un informe final de más de 1000 páginas que incluía conclusiones y recomendaciones, para conocimiento del Poder Ejecutivo.

En el mes de mayo del año 2017 y por decisión de la Asamblea Nacional se decidió la denuncia de varios tratados

bilaterales y el Presidente Correa, a través de un Decreto Ejecutivo publicado en la página oficial de la Presidencia de Ecuador, con fecha 16 de mayo efectivizó las denuncias de TBI con Italia (2001); Bolivia (1995); Perú (1999); España (1996); EE.UU. (1993); Canadá (1996); Argentina (1994); Venezuela (1993); Francia (1994); Reino de los Países Bajos (1999); Reino de Suecia (2001); Chile (1993); Suiza (1968); China (1994); Alemania (1996) y Gran Bretaña e Irlanda del Norte (1994).

Debo suponer que el ministro de Relaciones Exteriores, Dr. José Valencia quien se ha presentado ante la Corte que Ud. preside a través de un "amicus", solicitando una reinterpretación del art. 422 de la Constitución, con el solo objeto que se permita volver a firmar nuevos tratados de promoción y protección recíproca de inversiones, no ha conocido las conclusiones de la CAITISA, que no solo fueron presentados en un acto público, sino que se distribuyó un resumen ejecutivo a todos los funcionarios del estado. Y digo esto porque de conocerlas, tendría que haberse inhibido de una presentación como la que efectuara.

El ministro Valencia en su presentación del 10 de junio de 2019 expresa que la interpretación de la norma citada" afectará directamente las perspectivas de inversión extranjera en el país" así como las acciones de ese ministerio a su cargo, lo que desde ya está indicando una sugerencia improcedente a los efectos de que la interpretación que se haga permita el arbitraje internacional, y a partir de esa sugerencia, nutre su presentación de argumentos equivocados, que no solo desconocen el tenor tajante del art. 422, que también parece haber desconocido la anterior presidenta de la Asamblea Nacional, que se ha visto en la necesidad de solicitar una reinterpretación de la norma.

En estas cuestiones de pretendida reinterpretación, existe un peligroso antecedente, que trajo serias consecuencia al Ecuador a partir de 1976. En esa época el sometimiento a otra jurisdicción era inconstitucional, ya que el artículo 1505 del Código Civil impedía que se pactara cualquier acuerdo que violara el

derecho público, es decir toda la normativa jurídica del país, y debido a ello se buscaron los mecanismos idóneos para sortear el impedimento legal y acceder a los requerimientos de los bancos extranjeros, porque pareciera que siempre las reinterpretaciones de normas legales tienden a favorecer el derecho de los prestamistas y los inversores. La norma del Código Civil establecía: "Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene el derecho público ecuatoriano". Fue entonces cuando la dictadura militar, arrogándose facultades solo reservadas al Poder Legislativo y al Poder Judicial, decidió interpretar a su manera una disposición del Código Civil que, integrándose con las normas constitucionales, protegía al Ecuador de suscribir contratos que afectaran su soberanía y el ordenamiento jurídico del país. Se dictó entonces el Decreto Supremo No 797-B, estableciéndose en su artículo 1 "Interpretase el artículo 1505 del Código Civil de acuerdo con lo dispuesto en el inciso 2º de la Constitución Política, en el sentido de que el convenio de sujetarse a una jurisdicción extraña procede únicamente cuando los correspondientes contratos se celebren fuera del territorio nacional". Para realizar esa modificación de fundamental importancia en la legislación, y que solo sería derogada en 1997, se tomó como base el artículo 153 de la Constitución¹, el artículo 3 y la regla 23 del artículo 7 del Código Civil, lo que constituía un verdadero despropósito, ya que el párrafo 1º del artículo 3 del Código citado establecía que "Solo al legislador toca explicar o interpretar la ley de un modo generalmente obligatorio". La dictadura además de usurpar el gobierno, se había convertido en legisladora, realizando interpretaciones absolutamente arbitrarias, que negaban el real sentido de la norma que se pretendía interpretar y que resultaba suficientemente clara en cuanto a impedir cualquier disposición que afectara la soberanía de la República.

Con esa pseudo norma, aceptada luego por todos los Procuradores del Estado en sus dictámenes, empezó una masiva afluencia de créditos externos que recién finalizaría en 1982 cuando los acreedores decidieron que era conveniente dedicarse a continuas refinanciaciones de la deuda contraída, manteniendo el capital indemne para que generara intereses en forma permanente, a los

efectos de conseguir una continua transferencia de recursos que continuó durante décadas. Es cierto que ahora, la reinterpretación que se pide ha sido dirigida a la Corte que Ud. preside que es la única autorizada para interpretar las normas constitucionales, pero si he citado el antecedente, porque los fundamentos son los mismos que se esgrimen hoy, favorecer la inversión extranjera, desconociendo que ella nunca favoreció los intereses del país, como lo pudimos demostrar, en la Comisión de Auditoria de la Deuda, y en la CAITISA.

Como esa reinterpretación del art. 422 que se solicita, tiene como único objetivo firmar nuevos tratados, y ese es el mismo propósito que persigue la presentación efectuada en su momento por la presidenta de la Asamblea Nacional, entiendo que resulta de importancia para su conocimiento, consignar las conclusiones significativas a las que arribó la CAITISA, después de una exhaustiva investigación y que son las siguientes:

1.- Las tensiones más evidentes entre la legislación nacional y los TBI han surgido respecto de los mecanismos de solución de controversias que implican cesión de soberanía y sometimiento a tribunales internacionales. Sin embargo los problemas de compatibilidad son muchos más amplios. La constitución ecuatoriana de 2008 en sus artículos 3, 276, 277, 283, 284, 313-318, 339, 222 mandan al Estado a regular la Inversión extranjera para que cumpla un papel positivo en la consecución de Plan para el buen Vivir. Los TBI atentan contra la capacidad regulatoria del Estado ya que limitan las posibilidades del gobierno de imponer obligaciones al inversor o de regular sus operaciones en el país. Por ejemplo, cuatro de las demandas que ha enfrentado el país (Perenco, Burlington y Murphy I y II) rechazan la aplicación de la Ley 42-2006, aprobada en abril de 2006. Esta ley estableció que las compañías petroleras debían entregar al Estado ecuatoriano el 50% de las ganancias extraordinarias generadas por el alza de los precios del petróleo. Cláusulas como trato nacional, de nación más favorecida, la expropiación indirecta y la prohibición casi total de poner requisitos de desempeño, limitan la capacidad regulatoria del Estado y afectan a la industria nacional, y la cooperación regional, y están en oposición a políticas nacionales como el

cambio de matriz productiva y el desarrollo de la industria local. A su vez, los efectos de la protección a los inversores extranjeros contenida en los TBI resultan contradictorios con las obligaciones asumidas por el Estado ecuatoriano en materia de derechos humanos, que poseen carácter prioritario en su cumplimiento como normas erga omnes reconocidas por la comunidad internacional, e incluso pueden considerarse como normas de carácter imperativo a nivel internacional. Las cláusulas de los TBI suscritos por el Ecuador están redactadas de manera amplia- muchas veces ambiguas- lo que ha permitido que, en demandas internacionales contra el país, tanto los demandantes como los árbitros hagan una interpretación expansiva de las normas, más allá de lo convenido por las partes durante la firma del acuerdo. Esto ha derivado en sentencias excesivamente onerosas, además de notoriamente voluntaristas en favor del inversor.

2.- El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, por la cual el Ecuador se sometió al Tribunal del CIADI, fue suscrito por el Ecuador en el año de 1986 mediante la firma del entonces Canciller Edgar Terán Terán, quien en esa misma fecha enviara una carta al presidente del entonces BIRF (ahora Banco Mundial) expresando que el convenio entraba en plena vigencia para el Ecuador. Sin embargo, de acuerdo a la normativa ecuatoriana, este Convenio debió ser aprobado por el Congreso Nacional, para su plena vigencia. Por lo tanto, el mismo sólo entró en vigencia en el Ecuador, cuando fue ratificado por el poder legislativo y se publicó el decreto emitido por el Presidente Gustavo Noboa Bejarano, el 19 de abril del año 2001. Esta acción por parte del Canciller Terán, determinó una serie de anomalías en torno a la vigencia del CIADI. Por ejemplo, Ecuador procedió a la designación de árbitros y conciliadores ante el CIADI. Así también, y aún más grave, antes de la ratificación del Convenio de Washington la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones y el formato básico común para el contrato de inversión aprobados en el 2001, establecían que todo contrato de inversión suscrito con un inversionista extranjero incorporaba la competencia del CIADI para resolver controversias entre inversionista y Estado. Cabe cuestionar la validez de estos actos y de otros instrumento suscritos entre el año 1986 y el 2001, como contratos de distinta índole, ya que dichas normas establecen la

remisión a un tratado internacional al cual Ecuador no estaba obligado y un Centro al cual no pertenecía. Esta situación irregular sobre la suscripción y ratificación del Convenio de Washington implica que cualquier controversia derivada de los contratos firmados con empresas privadas antes de 2001, no pueden someterse al arbitraje del CIADI. Esta afirmación está amparada en la Convención de Viena que establece que "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" (parte III, Sección segunda, numeral 28).

3.- La Corte Constitucional, consideró en sus dictámenes, que los TBI son contrarios a la Constitución. Expresó la imposibilidad de seguir ejecutando las obligaciones contraídas, en razón de un cambio fundamental de circunstancias y expuso la incompatibilidad con la disposición constitucional que prohíbe la transferencia de competencias jurisdiccionales a favor de tribunales internacionales de arbitraje.

4.- De hecho, los TBI han menoscabado los objetivos y políticas concretas del Plan Nacional de Desarrollo como son: las políticas relacionadas con la generación de regulación económica que oriente la inversión extranjera hacia la consecución de los objetivos de empleo, transferencia de tecnología y reducción de pobreza; con la política de generación de incentivos que benefician a la producción nacional para efectos de lograr la ansiada transformación de la matriz productiva y con el objetivo de promover una gobernanza internacional justa no supeditada a los intereses del gran capital extranjero.

5.- La responsabilidad del Estado es la única que se pone en tela de juicio dentro del análisis de violaciones a las cláusulas de los TBI. Ello dota de un sesgo pro-inversor que desequilibra las relaciones inversor-Estado ante un arbitraje internacional. La responsabilidad del Estado es importante, pero también lo es el establecer las responsabilidades a nivel local e internacional que entes no estatales deben asumir en el compromiso de realizar una inversión o de generar estos mecanismos de protección. El

fomento de la inversión extranjera desregulada por parte de los organismos internacionales de crédito así como el accionar irresponsable de las empresas –como el que ha ocurrido en el caso Chevron en Ecuador– son ejemplos evidentes de la necesidad de impulsar mecanismos de responsabilidad internacional para entes no estatales (organismos internacionales y empresas transnacionales) a fin de reequilibrar las relaciones jurídicas existentes en materia de inversiones. Iniciativas como las impulsadas por Ecuador en el ámbito de Naciones Unidas de lograr Códigos Vinculantes para las empresas transaccionales o el borrador de artículos en materia de responsabilidad internacional de organismos internacionales, tratan de subsanar este problema.

6.- El actual sistema de protección a las inversiones se encuentra viciado por una errónea interpretación y aplicación de las reglas de compensación al momento de indemnizar los daños. En la actualidad, se emplean reglas generales que resultan inaplicables porque carecen de la objetividad necesaria y no se adaptan a la situación particular de cada caso y de cada Estado y contravienen la legislación nacional que prohíbe el anatocismo.

7.- En la actualidad gobiernos de países de diferentes regiones y organismos internacionales como la UNCTAD y la CEPAL, avalados por un gran número de investigaciones empíricas sobre los flujos de inversión extranjera y sus efectos en las economías receptoras, han comenzado a cuestionar los beneficios del sistema actual de protección de las inversiones y a la vez se han embarcado en la búsqueda de alternativas. Entre los aspectos más criticados está el conflicto de intereses de 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. Estos fomentan un sistema parcializado que ha causado perjuicios económicos graves para los países demandados, a través de laudos dictados con fundamentos tendenciosos. Ecuador es uno de los gobiernos que, desde mediados de la década del 2000, está en proceso de revisar el modelo de protección de inversiones. 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.

8.- Del análisis de los 24 casos contra Ecuador, se ha verificado que los árbitros han hecho en repetidas ocasiones una interpretación expansiva de las normas aplicables, lo cual ha derivado en laudos favorables a los inversores tanto al momento de establecer la jurisdicción del Tribunal para intervenir como al momento de resolver sobre el mérito de la demanda. Como consecuencia, Ecuador ha enfrentado y enfrenta numerosas condenas multimillonarias.

9.- Se comprobó que los Tribunales del Ciadi han hecho una interpretación pro-inversor de las normas de los respectivos TBIs, lo que ha llevado a que en la mayoría de los casos se descarten los argumentos del Estado sobre la falta de jurisdicción del Tribunal.

10.- La investigación académica, así como encuestas de empresas internacionales, han demostrado que los tratados de inversión no son un factor concluyente en la decisión de los inversores de invertir en el Ecuador. Al respecto no encontramos una relación directa entre los países con los que se tiene TBI y su aporte al monto de inversión extranjera directa (IED) que llega a Ecuador. 1) La mayoría de la IED no viene de países con TBI. 18 2) Los dos países que más invierten en Ecuador no tiene TBI. 3) De los 7 grandes inversores externos en Ecuador solo el 23% viene de países con TBI. 4) En el contexto latinoamericano, el contraste entre Brasil y México confirma esta conclusión. Brasil, sin ningún TBI ni TLC, mantiene flujos de IED como porcentaje del PIB a niveles superiores a los de muchos países que cuentan con TBI; México, uno de los países con más TLC y/o TBIs, es desplazado por Brasil como el primer receptor de IED en América Latina.

11.- Quedó demostrado de manera categórica la parcialidad de los árbitros que intervinieran en demandas contra el Ecuador.

12.- De acuerdo con la información disponible al 2014 el Estado Ecuatoriano fue demandado por un total de US\$17,764,797,508 en términos de compensación por supuesta violación de los acuerdos de protección a los inversores extranjeros. Hasta ese momento, el Estado Ecuatoriano había pagado y/o adeuda a los inversores en función de laudos la suma de US\$ 2,806,658,392. Los pagos a inversores responden a cuatro demandas ante tribunales internacionales en base a TBIs donde el laudo ha

sido negativo o hubo acuerdo de partes (IBM, Oxy I, Duke Energy, Noble Energy & Machala) por el monto de US\$174,897,373. Además de los montos ya pagos, el Estado cuenta con dos laudos multimillonarios en su contra: Oxy II por 2536 millones de dólares, y el laudo del caso Chevron II por 96 millones de dólares (ambos incluyendo intereses hasta diciembre de 2014).. En el período 2003-2013, tomando en cuenta las 24 demandas contra Ecuador por violación de TBIs, el costo total de bufetes de abogados y otros gastos del arbitraje para Ecuador ha sido de US\$155,929,417. De este monto, US\$11,581,137 se gastaron en concepto de honorarios del Tribunal y costos del procedimiento, y US\$144,348,280 en concepto de honorarios y gastos de los bufetes de abogados representantes del Estado. El grueso de los pagos -casi la mitad del monto total abonado en el periodo- fue dirigido a Winston & Strawn, con un total cercano a los US\$ 67 millones. Se trata de la firma que defendió al Estado en los tres casos de demandas por parte de la empresa Chevron. El segundo monto más grande se lo llevó Dechert LLP, firma que defendió al Estado en los casos de Oxy, Perenco y Burlington, por un total cercano a los US\$ 36 millones. El costo total ya pago por el Estado en relación a los arbitrajes inversor-Estado en base a TBIs (a inversores, abogados y Tribunales arbitrales) asciende a US\$ 330,826,790.

13.- Los principales pasivos ambientales dejados por empresas petroleras, que litigan contra el país, son las piscinas abiertas para depósitos de crudo, de lodos y desechos cargados de metales pesados tóxicos; también, excavaciones más pequeñas llamadas fosas, realizadas, como mala práctica a orillas de ríos, lagunas o pantanos para confinar productos contaminantes; luego están los derrames de crudo y fluidos, como la peor causa de contaminación porque dañan suelos, ríos, esteros, lagunas, destruyen la flora y la fauna por donde se expanden. Parece que en la Amazonia ecuatoriana, en mayor o menor grado, se aplicaron prácticas rudimentarias y dañosas a diferencia de otros lugares donde esas mismas empresas operaban. Cabe una distinción respecto de OXY, en este aspecto, porque, según técnicos de Petroamazonas, desarrolló procesos responsables que redujeron el impacto ambiental, así como enseñanzas técnicas que la operación nacional continuó y mejoró. En el caso de la compañía Texaco, adquirida por Chevron, inició operaciones de exploración en 1967 y de

explotación desde 1972; desde entonces 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 muerte de peces, ganado, animales salvajes; se encontraron 916 piscinas que abrió Texaco, cuyas filtraciones han causado toxicidad de tierras y contaminación del agua y del aire. El poco escrúpulo de la empresa se constata cuando en comunicación escrita entre sus ejecutivos, respecto de un plan de respuesta a derrames, se dispone que los mismos serán informados solo 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; solo en una encuesta realizada a 1064 familias se encontraron 306 casos de cáncer. Se presume, sin embargo, un daño mayor, en vista de que no se registraba esta causa de muerte, por desconocimiento de la enfermedad. En electricidad, han concluido los casos presentados por las cinco empresas. Llama la atención la demanda de la Empresa Eléctrica del Ecuador (EMELEC) que ni siquiera se trataba de inversión extranjera directa, entre otras improcedencias. En minería, la información oficial fue nula. Por relatos extraoficiales de funcionarios y por referencias de Memoriales de la Procuraduría General del Estado, se encuentra en los procedimientos de las tres empresas demandantes características recurrentes: falta de transparencia, especulación en mercados financieros, asociaciones con alto riesgo. Adicionalmente, persecuciones y agresiones a pobladores opuestos a la explotación minera, por parte de fuerzas de choque de las empresas. Las corporaciones ante obligaciones y relaciones con el Estado. 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. Así, siete de las empresas que se investigan se registraron como nacionales de paraísos fiscales, pero se acogieron a TBI suscritos con otros países (EUA, Francia, Canadá) para demandar a Ecuador ante tribunales internacionales. Estas y otras prácticas poco transparentes han generado caos y distorsiones en los registros y estadísticas oficiales sobre la Inversión Extranjera Directa en el país. La subcapitalización para eludir las obligaciones tributarias se volvió una estrategia recurrente de las empresas en la década de los noventa y

continuó hasta los últimos años, con alguna menor intensidad. 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. La compañía OXY recibió una glosa tributaria por subcapitalización y la consiguiente judicialización, con sentencia ratificada hasta las últimas instancias. El examen de balances contables y declaraciones de impuesto a la Renta ha permitido identificar numerosas irregularidades practicadas por la mayor parte de las 15 empresas investigadas y que se resumen en: pérdidas en ejercicios continuos con lo cual habrían incurrido en causales de disolución (en el caso de que el valor de dichas pérdidas excediera el 50% del total del capital más las reservas, de acuerdo a la Ley de Compañías); 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 consocios); créditos intra-firmas llegan hasta 99% de pasivos mientras los valores de capital suscrito se mantienen perennemente en el mínimo exigido para la constitución de la empresa. El costo fiscal por convenios para evitar doble tributación, incentivos, concesiones y gasto tributario en impuesto a la Renta. Por estos conceptos el Estado renuncia a buena parte de los ingresos que podría obtener; según cifras, la mayor fracción de ese gasto fiscal beneficia al decil empresarial de más altos ingresos. 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. En comunicaciones escritas encontradas y denunciadas, las mismas empresas confiesan sus cabildeos para acrecentar ganancias y la liviandad de autoridades nacionales para complacerlos, la intromisión diplomática en el conflicto de la compañía OXY, irresponsabilidad y ocultamiento de daños provocados, inconcebibles e impunes declaraciones de manejos de sobornos.

Sería sobreabundante seguir mencionando los distintos aspectos lesivos a la economía del Ecuador provocados por los TBI, que el Sr. Presidente podría verificar en el informe que enviáramos a la Presidencia de la República en su oportunidad, y

que debería ser solicitado por la Corte que Ud. preside a los efectos de verificar documentalmente la exactitud de lo aquí consignado.

Entiendo que los contratos de inversión tienen el potencial de convertirse en una oportunidad para el Estado si se los concibe como una recomposición del balance entre 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 Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversión (COPCI) ha dado algunos pasos en esta dirección pero podría ir mucho más allá. Con el objetivo de recuperar 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, en vez, al mecanismo de solución de disputas incorporado y minuciosamente desarrollado en el contrato. Esta cláusula puede establecer que las disputas 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.

En su oportunidad hicimos llegar una serie de recomendaciones, a los efectos de que se estructuraran contratos de inversión con pautas diferentes a los conocidos, y que sirvieran para

el desarrollo económico del país. Volver a la redacción de los viejos tratados, volver a comprometer la soberanía del Ecuador al arbitraje, supone seguir con la habitual costumbre de someter al Ecuador, a la voluntad de los inversores internacionales, con las lesivas consecuencias que ello ocasionaría.

LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL DEL ARBITRAJE

El artículo 422 del Constitución del Ecuador, es taxativo en cuanto dispone que "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.", y tal prohibición estuvo en el espíritu del legislador, ya que en el informe de la Mesa 9 de la Asamblea Constituyente, se expresó con contundencia: *"El Artículo [422] recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial"* Esta concepción estaba presente, aún cuando todavía faltaban años, para que se pusiera en evidencia los perjuicios ocasionados al Ecuador por los referidos tratados, lo que demuestra que se trató de articular una norma constitucional, que

en defensa de la soberanía del país, evitara que nuevamente fuera sometido a jurisdicciones extrañas, que además carecían de relevancia judicial, debido a que el arbitraje, es un procedimiento, donde se eligen árbitros que en la mayoría de los casos -como lo probamos en la CAITISA- provienen del sector privado, y han sido abogados de empresas transnacionales, y defienden ese interés, aunque formalmente existan apariencias de independencia.

Ahora bien, entiendo que para interpretar esa norma, como oportunamente lo hizo la composición anterior de la Corte, no cabe aislar el artículo 422, de otras disposiciones de la Constitución, ya que como ha señalado la doctrina, la interpretación constitucional debe hacerse mostrando la integralidad del espíritu de las normas, y no la consideración aisladas de muchas de ellas. El propio artículo 427 de la Constitución lo aclara al puntualizar que *"Las normas constitucionales se interpretaran por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete la voluntad del constituyente"* y ese espíritu está muy claramente expresado en la opinión de los integrantes de la mesa 9 que he transcripto ut-supra, sino en otras normas de la Carta Magna. En el art. 3, numeral 2 se establece la decisión de "garantizar la soberanía nacional" En el capítulo 4 se habla de la "soberanía económica" y en el art. 339 se establece que "El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos..La inversión extranjera directa... *estará sujeta a un estricto cumplimiento del marco jurídico y las regulaciones nacionales*" Es decir, que a la fundamental concepción de la soberanía, se une la decisión de que la inversión extranjera esté sometida al marco jurídico nacional y a las regulaciones nacionales. Esa ha sido la concepción del constituyente y guarda relación armónica con las otras normas que he citado y con el artículo 422, ya que al mencionar el marco jurídico y las regulaciones nacionales, se esta reafirmando la decisión que toda contrato de inversión y cualquier otra contratación que efectúe el Estado, estará sujeta a ese marco,

porque ese ha sido el espíritu que nutrió a la Constitución, a fin de evitar, la sujeción a soberanías extrañas, cuyas decisiones siempre fueron perjudiciales para la Nación.

EL ARTICULO 190

En la presentación efectuada por el Ministro de Relaciones Exteriores, se cae en un grave error conceptual, que le sirve para justificar al ministro la procedencia del arbitraje, y sus posteriores disquisiciones sobre la materia. Pero se ve que el funcionario, no leyó bien la norma que invoca, donde está ubicada y a qué cuestión se refiere específicamente. Y si lo sabe, entonces cabe concluir que se equivoca deliberadamente para fortalecer su posición dogmática sobre la posibilidad del arbitraje. Digo esto porque el citado artículo 190, se encuentra ubicado en el **Capítulo IV que trata de la Función Judicial**, es decir en todo aquello que tiene que ver con la normativa nacional del Ecuador, para cuestiones relacionadas con conflictos internos del país, y en ningún caso se hace referencia a controversias internacionales. El arbitraje establecido en el art. 190, se refiere a controversias exclusivamente contractuales de la administración pública de carácter nacional, ya que a tales efectos como lo indica la norma, es necesario el previo pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado. Si ese artículo permitiera el arbitraje internacional, como parece considerarlo el ministro, sería absolutamente irrelevante la opinión del Procurador, ya que el sistema establecido por el CIADI, y los propios tratados bilaterales, hacen innecesaria esa opinión donde no cabe la previa opinión de un funcionario, para hacer viable el sometimiento al arbitraje. Precisamente ese requisito de opinión previa que he señalado, muestra claramente, que tiene que ver con contratos ajenos al arbitraje internacional, ya que estos, tienen otro procedimiento, y no es posible confundir de ninguna manera, el

arbitraje allí establecido, con una autorización explícita para hacerlo, porque entonces se entraría en contradicción con lo establecido por el art. 422.

Como eventualmente podría interpretarse la posibilidad de una abierta contradicción entre lo especificado en el art. 190 y el 422, debo insistir, que ambos deben ser considerados dentro de la integralidad del texto constitucional, que en su espíritu y en gran cantidad de sus normas, tiene como principio liminar la soberanía del Ecuador, por lo cual no puede asimilarse el arbitraje allí planteado al arbitraje internacional que prohíbe el art. 422.

En Alemania y España se plantearon hace años, si algún artículo de la Constitución podía ser inconstitucional. En el esquema constitucional que rige, se supone que ello no es posible ya que una Constitución formal viene dotada de supremacía, encabeza el orden jurídico positivo y no tiene por sobre si misma ninguna otra norma. Es suprema en su conjunto y no existen normas que tengan un rango más elevado que otras. En el caso del texto al que nos referimos todos sus artículos comparten el mismo estrato jerárquico. Por ende, en ella todas sus normas -en cuanto normas- son iguales, y comparten en pie de equiparación una idéntica supremacía unitaria. Esa conclusión no significa desconocer que dentro de la Constitución y de sus normas de igual rango hay valores y bienes protegidos en ella que deben ser graduados jerárquicamente, es decir, creemos que las normas constitucionales pueden enfocar valores o bienes de distinto valor axiológico, ya que algunos pueden ser más valiosos que otros. Y en cuanto al citado art. 190, entiendo que está absolutamente circunscripto a cuestiones que hacen a la contratación nacional, y la previa opinión de la Procuraduría, como ya dijera es una prueba relevante de ello.

En el caso que nos ocupa, el primer párrafo del artículo 422 resulta concluyente en cuanto a la afirmación de la soberanía irrestricta del Ecuador en lo que hace a su jurisdicción, y en esto se recogen las normas de los anteriores textos constitucionales, en los cuales existía la denominada clausula Calvo, además del principio

de inmunidad soberana de los estados, que debe tenerse siempre presente, más allá de que el Estado, pueda en algunas cuestiones específicas, aceptar el juzgamiento en otra jurisdicción, la que debe ser expresa, y considerando que esa jurisdicción tiene que ver con el poder jurisdiccional de otro país, que está sometido al orden jurídico, y no como ocurre con el arbitraje, donde existe la discrecionalidad de un tribunal arbitral, que se maneja con sus propias reglas, y no las de la juridicidad de un Estado.

EL CONTRATO DE INVERSIÓN

Un punto fundamental que se debe considerar antes de entrar a analizar el contrato de inversión es que si la Constitución no permite el arbitraje en cuestiones relacionadas con "Tratados" o "instrumentos internacionales" tampoco puede permitirlo en simples contrataciones entre el Estado y sujetos de derecho privado o personas naturales, ya que admitir lo contrario significaría darle preeminencia a la simple contratación estatal sobre instrumentos con mayor significación jurídica. Parece que tanto la ex presidenta de la Asamblea Nacional, como el Ministro de Relaciones Exteriores, han pasado por alto una cuestión básica, en su injustificable obsesión de que el país vuelva a someterse nuevamente al arbitraje internacional, desconociendo no solo la investigación y conclusiones de la CAITISA, sino lo que surge de innumerables investigaciones internacionales sobre el significado de los tratados bilaterales. Equivocadamente creen, que la celebración de tales instrumentos, haría llover una lluvia de inversiones sobre el país, tal como los consignan en las presentaciones efectuadas ante la Corte que Ud. preside. Y al respecto, antes de continuar, cabría preguntarles a los funcionarios, si saben que la República Federativa de Brasil, que es el país que más inversión extranjera directa ha

recibido en las últimas décadas, lo hizo sin haber firmado ningún tratado de inversión.

Cuando en el artículo 422, se hace referencia a controversias contractuales o de índole comercial, se está efectuando una diferencia que debe ser tomada en cuenta a los efectos de cualquier consideración, aunque pareciera que para el erróneo concepto de la ex presidenta de la Asamblea Nacional, esto no es así, ya que esa referencia no puede aplicarse a los Tratados de Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. En la presentación hecha ante la Corte, se sostuvo: *"Las demandas de arbitraje internacional en caso de los Tratados de Protección de Inversiones o de los Convenio Bilaterales de Inversión, no versan sobre cuestiones comerciales o contractuales sino respecto a controversias originadas por la violación en el cumplimiento de los compromisos adquiridos entre Estado-Estado o Estado-Inversionista. Esto quiere decir, que en caso de existir una controversia derivada de un Tratado de Protección de Inversiones o de los Convenio Bilaterales de Inversión, lo que se demanda o reclama no es un incumplimiento contractual o comercial, sino un incumplimiento de una de las garantías y protecciones que las partes acordaron cumplir, como por ejemplo, la falta de trato justo y equitativo."*

Para la concepción de la anterior presidenta de la Asamblea Nacional, como para el Ministro Valencia, el art. 422 se referiría a una especie de entelequia, ya que los Tratados Bilaterales solo establecen normas de protección. Se olvidan que esos tratados se refieren específicamente a los aspectos contractuales de la inversión y a sus posibles incumplimientos. Si se toma como ejemplo el Tratado celebrado con los Estados Unidos de Norteamérica que fuera firmado en Washington el 27 de agosto de 1993, se puede observar que se dispone: *A efectos del presente Tratado: a) "Inversión" significa todo tipo de inversión tales como el capital social, las deudas y los contratos de servicio y de inversión, que se haga 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:

i) Los bienes corporales e incorporales, incluso derechos tales como los de retención, las hipotecas y las prendas;

ii) Las sociedades o las acciones de capital u otras participaciones o en sus activos;

iii) El derecho al dinero o alguna operación que tenga valor económico y que esté relacionada con una inversión;

iv) La propiedad intelectual que, entre otros, comprende los derechos relativos a:

las obras artísticas y literarias, incluidas las grabaciones sonoras,

los inventos en todos los ámbitos del esfuerzo humano,

los diseños industriales,

las obras de estampado de semiconductores,

los secretos comerciales, los conocimientos técnicos y la información comercial confidencial, y

las marcas registradas, las marcas de servicio y los nombres comerciales, y

v) Todo derecho conferido por la ley o por contrato y cualesquiera licencias y permisos conferidos conforme a la Ley.

Es decir que existe una amplísima variedad de aplicaciones contractuales derivadas de ese tratado, que no tienen solo que ver con el marco protectivo sino sobre las propias cláusulas contractuales, porque esa ha sido la intención de los que diseñaron el sistema, que no se limitaron a los aspectos legales de la inversión, sino a los aspectos contractuales de la misma, constituyendo una falacia suponer, que en caso de controversia solo se reclamará sobre las garantías y protecciones acordadas por el Tratado, ya que no solo

no es así, sino que los propios litigios que enfrentara el Ecuador en el CIADI, son un claro ejemplo de esa inescindible relación contractual que vincula a los TBI con los contratos de inversión.

También dice la anterior presidenta de la Asamblea que el objeto de los TBI es *"establecer un paraguas general de garantías tendientes a proteger la seguridad jurídica de los inversores y promover la inversión extranjera directa mediante la creación de un entorno jurídico estable y favorable para la inversión, alejándose de la regulación de aspectos netamente comerciales o contractuales"* Es que acaso se ignora, que toda la inversión se realiza mediante la estructuración de un contrato, en el que se establecen cláusulas a las que se ajustará el mismo, dentro de los parámetros del TBI firmado, para asegurar un CONTRATO. Y cuando surge la controversia es precisamente por la interpretación de las cláusulas de ese contrato, y no sobre el sistema regulatorio del mismo, ni sobre las garantías conferidas por el tratado que vincula a un país con otro.

La curiosa interpretación planteada en el pedido de la anterior presidenta de la Asamblea Nacional, llega al disparate al sostener, que la celebración de Tratados de Protección de Inversión *"son un precepto constitucional"*. Lamento que se haya llegado a tales extremos para justificar una reinterpretación del art. 422 de la Carta Magna, diciendo lo que esta no dice en ninguna parte de su articulado, sino que por el contrario, en la totalidad del mismo, se enfatiza la soberanía del Estado, y la imposibilidad que esa soberanía sea limitada por un arbitraje, donde intervienen un particular, designado, por la empresa demandante y otro de ellos por el Banco Mundial, que si bien es una institución multilateral, no reviste el carácter de una entidad jurídica. Al respecto, pareciera que se ignoran los claros preceptos constitucionales de la Carta Magna, que en cuestiones de la soberanía del Ecuador, recoge antecedentes de otras constituciones que tuvo el país.

La falacia del planteo es desligar las pautas fijadas en el Tratado Bilateral de la contratación derivada de las normas del mismo, como si fueran entidades autónomas, donde el Tratado se

limita a establecer condiciones a las que deben ajustarse los contratos, pero estos son absolutamente independientes de tales pautas. Se olvidan los funcionarios que han solicitado la reinterpretación y la sostienen que el TBI se celebra para facilitar la inversión, y que esta deriva de aquel, ya que está protegida por sus términos y por su jurisdicción.?

LA SOBERANÍA DEL ESTADO. LA AUTONOMÍA DE LA VOLUNTAD. EL CIADI.

Una de las expresiones planteadas en el "amicus" del Ministerio de Relaciones Exteriores tiene que ver, que la sujeción al Arbitraje, lo hace el país en ejercicio de su soberanía, donde voluntariamente se somete a un procedimiento de resolución de controversias. Indudablemente pareciera que el ministro no solo no conoce la realidad de las inversiones internacionales, sino todo lo padecido por el Ecuador a través de la suscripción de los TBI, además de las enormes sumas de dinero que ha tenido que pagar y que adeuda, por haberse sometido a un tribunal arbitral. El caso más evidente es el laudo de Oxy, que repugna al ordenamiento jurídico de cualquier estado, y es la más palpable manifestación de como opera el sistema de arbitraje y como favorece invariablemente el interés del inversor. El ministro conoce ese fallo? Lo ha leído, sabe a los extremos que se llegó en desconocer las normas reguladoras del país y la razonabilidad de lo actuado? Indudablemente me parece que no porque de lo contrario, no argumentaría con tal liberalidad respecto a la perfección del sistema y a su protección constitucional.

Y ya que en este planteo efectuado por la Cancillería, se ha hablado con total liberalidad de soberanía, de autonomía de la voluntad, y de lo importante del sistema de arbitraje, creo que para

finalizar esta presentación debo hacer unas referencias necesarias a conceptos, que tienen que ver, con la decisión soberana del Ecuador de no consentir ese arbitraje tal como lo establece el art.422 de la Carta Magna, que ahora se pretende reinterpretar como en los viejos tiempos de la dictadura ecuatoriana, para favorecer invariablemente el interés privado, mostrando una notable despreocupación por el interés público.

Aunque para las modernas concepciones del derecho internacional público, el concepto de soberanía ha ido cambiando estableciéndose las diferencias entre los actos de "iure imperii" y iure gestionis", ello está referido a la actuación de la competencia jurisdiccional de un tribunal estatal, y no a lo que se conoce como tribunal del CIADI, que tiene características especiales que afectan la soberanía de los estados, por lo establecido en su propia estructura y procedimientos, donde la omnímoda decisión de ese particular tribunal es inapelable, y solo admite un limitado recurso de nulidad, que también es decidido por el mismo, sin que ante su rechazo, haya posibilidad alguna de recurrir a otra instancia, lo que contradice claramente normas de la estructura jurídica de los estados que admiten la doble instancia. Que se haya generalizado la adopción de esos tratados no significa en modo alguno, que pueda convalidarse esa cesión de soberanía, por la cual un Estado se somete a tres abogados que decidirán de manera inapelable, lo traído a consideración de ellos. Esa cuestión es la que llevó a la creación de la CAITISA, A la decisión del ex presidente Rafael Correa, para retirarse del CIADI, y denunciar varios tratados bilaterales.

Al interpretarse erróneamente, que los Tratados Bilaterales están contemplados en el art. 422, como peregrinamente lo sostiene la presidenta de la Asamblea Nacional, ya que la norma solo se referiría a controversias contractuales o comerciales, olvida, que el país estaría sometiendo su soberanía a un marco regulatorio, que repugna al espíritu de la propia Constitución que es clara, en cuanto como hemos citado, en su art. 339 establece que la inversión extranjera estará sometida al marco jurídico y a las regulaciones del estado ecuatoriano, no a supuestos arbitrajes internacionales, como

al que se propugna volver, para conseguir quiméricos beneficios, que solo están en la intención de la presentante del pedido, pero que en modo alguno tienen que ver con la realidad que viviera el país desde la adhesión al CIADI.

Una de las formas habituales del control económico, lo constituye la imposición de normas jurídicas que permiten a los que manejan el sistema financiero contar con estructuras legales que puedan ser funcionales a sus intereses, y donde el poder del Estado se debilita al ser considerado como un comerciante convencional, que nunca se encuentra en igualdad de condiciones con los bancos que le prestan dinero, o con los inversores en actividades que hacen a la economía de un país. Al estar sujeto a presiones e imposiciones, a renunciaciones y condicionamiento, la soberanía se convierte en una verdadera ficción, aunque presente los aspectos formales que caracterizan a una nación independiente de todo poder externo.

Stephan Krasner estudió en profundidad las distintas concepciones de soberanía mostrando las diferencias entre lo que significa la verdadera entidad de un país soberano, con lo que resultan ciertas ficciones como la soberanía legal internacional mostrando lo que a su juicio es una "hipocresía organizada" ya que frecuentemente las soberanías de los países débiles son arrasadas por aquellos con suficiente poder para imponerse, no solamente mediante intervenciones militares, sino a través de otras formas más efectivas de penetración.¹ En lo que hace al endeudamiento externo, la renuncia a la inmunidad soberana fue condición excluyente de cualquier contratación, con el fin de que los prestamistas se aseguraran que en caso de eventuales conflictos intervinieran los tribunales de sus países, siempre sensibles a las influencias de su poder. Además, la intervención de los organismos multilaterales de crédito, fue parte de un nuevo sistema de intervención, que preservando la soberanía legal, instrumentaba

¹ Stephen D. Krasner, *Soberanía. hipocresía organizada*, Paidós, Barcelona, 2001, 366 páginas

políticas, condicionaba la economía, influía en las negociaciones internacionales, presionaba para obligar a los países miembros a ajustar sus decisiones a las pautas que marcaban sus tecnócratas. De la misma manera a través de la firma del Convenio de Washington, que dio lugar a la creación del tribunal del CIADI, los inversores se aseguraron de contar con un sistema de arbitraje, donde contarán con árbitros, que privilegiaran el interés privado, frente al interés público.

Aunque las leyes de inmunidades soberanas de los Estados Unidos y Gran Bretaña aparecieron en la década del 70, hubo una clara intención de modificar el derecho interno de los países de América Latina, debido a que él mismo resultaba limitativo para la expansión de las empresas transnacionales. La restricción de la soberanía nacional a través de la sujeción del país a tribunales arbitrales internacionales (en reemplazo de los tribunales locales), fue por la voluntad de dar la más amplia cobertura a un sistema de preferencias en favor del inversor extranjero. Estas preferencias aparejan, de hecho y de derecho, una declinación de la soberanía y la total inmunidad de acción para el inversor foráneo quien, protegido por la prohibición de imponérsele cláusulas de desempeño (pactadas a su favor en todos los TIBs), puede depredar el medio ambiente del país, no aportar mayormente a la economía, eludir o estar exento de tributos y así competir en mejores condiciones con las empresas locales, sin responsabilidad alguna. Conexa con esta aceptación sin reservas, fue el consentimiento irrestricto prestado, a resolver ante el CIADI todas las controversias. Esta sujeción a una soberanía extraña a nuestra jurisdicción se trata –como dijera el eminente jurista argentino Arturo Sampay– “de una fibra más de las que componen la coyunda con que atan su yugo los países dominantes a los países dependientes.”.

Como puede advertirse, se efectuó una abdicación de soberanía de tal magnitud que no se hizo reserva de ninguna especie para retener bajo la jurisdicción exclusiva del país ni siquiera lo relacionado con materias estratégicas), conducta que – con mayor sensatez y patriotismo – siguieron otros países (por

ejemplo: Jamaica y Egipto, que excluyeron de sus TBI las cuestiones vinculadas con los recursos naturales. Hace unos años un destacado jurista argentino mostrando contradicción con las nuevas tendencias de relativización soberana planteó hace unos años que *"El Estado Nacional en virtud de su fin, el bien público o bien común, tiene un rango superior al de cualquier otra persona en el ámbito de la sociedad humana. Esa superioridad deriva de la índole de su finalidad, que está constituida por el bien más alto, el bien Supremo, el que desplaza y subordina a todos los otros bienes de la comunidad. El servicio del público, el servicio de la totalidad de los ciudadanos al común de la población, no es equiparable, pues, a ningún fin en particular por respetable que parezca, mucho menos a los lucros privados de las sociedades comerciales"* La práctica "habitual" de la prorroga jurisdiccional ha sido un eufemismo detrás del cual se escondió siempre la verdadera naturaleza de estas operaciones, donde el poder soberano del Estado desaparece y éste se convierte en un particular cualquiera, que va a contratar con otro particular o con una entidad privada en igualdad de condiciones, alterándose de tal manera la profunda significación que tiene el Estado soberano como representante de una comunidad independiente y no sometida a las imposiciones de cualquier vulgar comerciante que pretende tratarla de igual a igual. Por otra parte, es más que elemental que si ese comerciante cuenta con el recurso de solicitar la intervención de los tribunales de su propio país, es altamente improbable que, ante una controversia que se pueda plantear, reciba un fallo adverso, máxime cuando no se trata solamente de acreedores particulares, sino de los grandes conglomerados transnacionales del llamado "mundo libre".

La doctrina del realismo periférico instalada en la década del 90, fue funcional a las acciones de sometimiento a la autoridad del Ciadi, donde el Estado cedió sus prerrogativas, al haber acordado con las empresas una serie de concesiones que fueron esgrimidas en ese Tribunal para obtener sentencias que resultaran favorables a la pretensión de los actores en esos juicios arbitrales El jurista Carlos Calvo había afirmado hace décadas, con base en el principio de igualdad de los Estados, que los nacionales y

extranjeros tenían los mismos derechos y obligaciones... las controversias que pudieren suscitarse relativas a reclamos de esos extranjeros contra el Estado receptor o sus nacionales, quedaban sujetas a las leyes y jurisdicción de éste último. Los estados extranjeros debían abstenerse de intervenir en las controversias de sus nacionales en terceros países". No menos grave que el haber aceptado ese tipo de arbitraje de índole crematística y financiera, por encima del ordenamiento jurídico nacional, es la doctrina que el CIADI ha formulado para sustentar y defender su competencia, a instancias del inversor, aún en aquellos casos en que los tribunales locales hubieren dictado sentencia en un diferendo.

Este Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) no cuenta con un Tribunal permanente, sino que se constituye ante cada caso registrado

También se debe destacar la particularidad, que en todos los procesos llevados adelante ante el Tribunal del CIADI, se le asigna una amplia importancia a la confidencialidad del proceso, lo que no fue establecido en el Convenio de Washington, ni en todas las normas procesales, sino debido al expreso pedido de todos los demandantes en todos los procesos que inician contra los estados nacionales. De esta manera también se viola la publicidad de todos los actos de gobierno, una de las bases del sistema republicano que rige en el Ecuador.

La magnitud y fuerza de esta corriente globalizante de las finanzas internacionales en beneficio de los capitales transnacionales se advierte claramente en la circunstancia que, según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y el Desarrollo (UNCTAD), solamente hasta el año 2008 se acumulaban en el mundo un total de 2.676 TIBs. Este número determina que los países que tienen gran número de causas, tendrán una menor calificación crediticia para ser considerados territorios donde invertir capitales genuinos.

Estos temperamentos arbitrales, menester es señalarlo, contradicen explícitamente las doctrinas de derecho internacional

aportadas por la ciencia jurídica argentina al mundo, conocidos por los nombres de los juristas que las concibieron, Drago y Calvo. Drago sostenía, ya en 1902, que *"el prestamista tiene siempre en cuenta los recursos y la solvencia del país con el cual negocia, y que las condiciones del empréstito van a depender del crédito de que éste goza ya que sabe que contrata con una entidad soberana y es condición inherente a toda soberanía que no pueden seguirse procedimientos ejecutivos contra ella"*, en tanto que Calvo había afirmado años antes, con base en el principio de igualdad de los Estados, que *los nacionales y extranjeros tenían los mismos derechos y obligaciones... las controversias que pudieren suscitarse relativas a reclamos de esos extranjeros contra el Estado receptor o sus nacionales, quedaban sujetas a las leyes y jurisdicción de éste último. Los estados extranjeros debían abstenerse de intervenir en las controversias de sus nacionales en terceros países"*. Las doctrinas, que dieron sustento a la soberanía e igualdad de los Estados, fueron tiradas por la borda sin recato, prefiriéndose optar por dar un consentimiento en blanco al sometimiento irrestricto e incondicionado no a una jurisdicción de jueces internacionales sino a una jurisdicción arbitral explícitamente protectora de prestamistas, especuladores y corporaciones multinacionales.

No resulta admisible volver a un esquema que afectará la soberanía del Ecuador, y si se debe pretender el dictado de normas que garanticen el interés nacional, el desarrollo de la economía local, el cuidado del ambiente, del orden público y del bienestar general. El acogimiento anticipado e irrestricto a la jurisdicción arbitral en nada le sirvió al país y en nada le servirá en un futuro. Por el contrario, es más el daño que le provocarán sus fallos (que son inapelables) que los beneficios que podrían aparejar, aún no vislumbrados.

Aunque es visible la propaganda internacional que muestra las bondades del sistema de arbitraje internacional, como un ejemplo de transparencia en la resolución de las controversias, la realidad que surge de los laudos, y de los árbitros que intervienen en ellos, ponen en evidencia el grado de parcialidad que existe en favor de los inversores, que generalmente se ven beneficiados por

árbitros, que antes han sido abogados de empresas y que tienen criterios muy claros para adjudicar siempre la responsabilidad del incumplimiento al Estado demandado. De acuerdo a informes que surgen de la página web del Banco Mundial, en las designaciones de árbitros siempre se privilegia a Europa y Estados Unidos, además de países que se encuentran bajo su influencia económica. En el último informe estadístico correspondiente al año 2014, se indica que el 47% de los árbitros designados provienen de Europa y el 22% de Estados Unidos, Canadá y México, correspondiéndole a América del Sur solo el 11%, y en general los que se designan, tienen posición conocida a favor del inversor. En cuanto a número de árbitros se menciona que 173 corresponden a Estados Unidos, 171 a Francia, 144 al Reino Unido, 100 a Suiza, 94 a Canadá, 82 España y 52 a Alemania. Dicho de otra forma, la industria del arbitraje internacional de inversiones está dominada por un reducido y compacto grupo de árbitros, los cuales han sido caracterizados por académicos, periodistas y otras personas cercanas al circuito del arbitraje de inversiones como "un pequeño club secreto", "un círculo cerrado", "un hermético grupo homogéneo integrado por 'grandes veteranos'".

Un ejemplo se puede observar también en los casos tramitados contra Ecuador, donde el 58% de los árbitros nominados son considerados como "de elite" pues forman parte del club de árbitros con influencia y con nominaciones repetidas. De estos 26 árbitros, 13 son considerados como 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 sin embargo tienen 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. Los árbitros que evaluaron la validez de los actos del Estado ecuatoriano fueron elegidos de manera ad-hoc, sin garantías institucionales previas de imparcialidad e independencia. La mayoría de los individuos que ejercen el rol de árbitros continúan ejerciendo otros roles tales como: consejeros de parte en arbitrajes, asesores de empresas, académicos, 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 o Chambers con su rol de árbitro. Y el 71% asesoran 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.

Debe tenerse en cuenta, que todas las concepciones favorables al arbitraje, fueron defendidas fervorosamente por los grupos empresarios y sus abogados locales, pero nunca se tuvo en cuenta, que existe una evidente diferencia entre aquellos países receptores de inversiones, y aquellos que a través de sus empresas transnacionales operan en los países receptores, que debido a su vulnerabilidad, son condicionados y presionados para aceptar cláusulas verdaderamente abusivas, que luego son utilizadas ante cualquier controversia, y aceptadas por los Árbitros. Estas concepciones limitativas de la soberanía de los Estados que avanzaron notablemente durante las últimas décadas han permitido la utilización de un cuerpo jurídico que siempre tiende a favorecer a los sectores empresarios en perjuicio del Estado, y de allí han surgido determinadas teorías, que con el pretexto de evitar la arbitrariedad del Estado en la relación contractual con terceros, estructuraron toda una normativa, que no solo protege a estos últimos, sino que va contra los intereses del propio Estado. El argumento central de los defensores de estas tesis, es que funciona la autonomía de la voluntad, y que nadie está obligado a firmar aquello que puede resultarle lesivo o perjudicial. Empero esto también puede resultar una ficción, y es por eso que un jurista señaló con acierto que *"Cuando el Estado debe contratar con*

súbditos de otros países o con sociedades multinacionales, desaparece su preeminencia y, en muchos casos puede encontrarse en verdadera situación de inferioridad, sea por "necesidad" sea por "inexperiencia" En estos casos los conceptos de autonomía funcionan muy relativamente, ya que muchas veces las necesidades coyunturales son aprovechadas por los grupos empresarios para imponer condiciones de gran onerosidad, que no son advertidas, ante la ficción de mostrar a las inversiones como una fuente imprescindible del desarrollo. Cuando se cuestiona la validez de ciertas contrataciones, y la eventual existencia de cláusulas abusivas que han sido suscriptas, sobre la base de los TBI firmados, se esgrime entre otros elementos la autonomía de la voluntad, que no solo significa el respeto a lo que se haya pactado, sino la libertad de las partes al realizar la contratación. Pero como señalara Ole Lando *"Una parte débil enfrentada con la alternativa de adherir a los términos establecidos por la otra parte o de no contratar en absoluto, puede encontrar que esa libertad es ficticia. Más aún, algunos contratos son objeto de un intenso interés público. El principal propósito de la legislación que los regula es proteger a la parte contra términos restrictivos o injustos...La libertad de las partes de elegir la ley aplicable dependerá de una ponderación de intereses por un lado, los intereses de la comunidad con la cual la transacción tiene contactos"* Por otra parte, aun atendiendo a la razonabilidad de ciertos argumentos, sobre el derecho de las partes, a manejarse con autonomía en cualquier tipo de contratación, no es lo mismo cuando esa relación bilateral está sustancialmente alterada por la desproporción que puede existir entre una y otra de las partes. Si nos atenemos a los principios que guían específicamente la autonomía de la voluntad como derecho, básicamente son cuatro: a) La discrecionalidad de contratar o de negarse a hacerlo. b) La de elegir con quien contratar c) La de decidir sobre las condiciones propias de la regulación que se conviene. d) Modificar, transmitir y extinguir los efectos de lo convenido, sincronizando con el co-contratante el ejercicio de estas facultades, reconociendo como límite la preservación de derechos de terceros. El principio de autonomía de la voluntad tan esgrimido en el derecho anglosajón ha tenido reconocimiento expreso por el Consejo Constitucional Francés, por

el Anteproyecto de Código Europeo de Contratos, y en Los Principios del Derecho Europeo de Contratos. Finalmente, y obviando otras disposiciones internas de los países que sería largo enumerar también fue reconocido en la Convención Interamericana de México, sobre el derecho Aplicable a los Contratos internacionales. Pero más allá de estos principios básicos, la autonomía de la voluntad nunca fue absoluta, y siempre estuvo sujeta a restricciones, determinadas por la legislación de los contratantes, que regulaban los diversos actos relacionados con la contratación. Pero además de ciertas regulaciones legales propias de cada país de celebración del contrato, existían principios generales del derecho que debían respetarse, siendo uno de ellos verdaderamente sustancial como es la buena fe, que ha sido incorporado al artículo 1.7 de los "Principios sobre los Contratos Comerciales Internacionales" En el artículo de referencia se establece de manera categórica: a) Las partes deben actuar con buena fe y lealtad negocial en el comercio internacional. b) Las partes no pueden excluir ni limitar este deber. Esas limitaciones a la autonomía, han surgido también de la llamada teoría de la imprevisión o principio *rebus sic stantibus*, que autoriza la revisión contractual, cuando se produjera un cambio de circunstancias que alterara las disposiciones de la contratación. Pero además otra de las cuestiones limitativas de la autonomía de la voluntad, la constituye la lesión que puede ser ocasionada a las partes por las características en que se desarrolló la contratación.

Al respecto cabe mencionar como causales de revisión, el "descuido aprovechado", "la situación financiera extrema", o el estado de ánimo excitado" (artículo 879, inciso 4º. Del Código Civil de Austria), o casos de "mala fe" (artículo 1867 del Código de Louisiana). A su vez la jurisprudencia británica ha descalificado reiteradamente actos lesivos, modificatorios de la autonomía, y en los Estados Unidos, como señala Gregorini Clusellas, en el "Uniform Commercial Code (Sec. 2302) y en el Restatement Of Contracts 2nd, se contempla la categoría genérica del contrato injusto o irrazonable (*unconscionable contrac*), entendiéndose por tal el que conmueve la

conciencia (shocks the conscience" según fórmula empleada por Lord Elden en 1804) . Estas limitaciones a la voluntad pueden verse en algunas partes del derecho norteamericano donde se consagra la figura del "unnecessary hardship" de revisión contractual cuando se produzca una alteración sustancial en la relación del contrato. Es decir que ese concepto autonómico no es absoluto y está condicionado por determinados principios de derecho que no pueden desconocerse, aun cuando una de las partes quiera prevalerse de las especificaciones de un contrato impuesto a una parte por necesidad de esta, imprevisión, o una situación financiera extrema.. Además, se debe considerar, que no solo hay una supremacía contractual desde las condiciones económicas que se pactan, sino un sometimiento normativo, ya que las modificaciones legales que se van produciendo respecto a los contratos internacionales, son impuestas por teóricos del derecho afines a las empresas transnacionales, que pretenden rediseñar el sistema jurídico para convertirlo en otro instrumento favorable a sus derechos. Como lo señalara Perrin: *"Las reglamentaciones autónomas de las grandes organizaciones económicas, comerciales.... Se desarrollan en forma intensa. Habría que estudiar cómo estos organismos han logrado imponer las normas que ellos mismos dictan. Es verdad que, en teoría, la colaboración internormativa mantenida con el derecho estatal parecería ser la propia de una conjunción resuelta por su subordinación a las instancias del derecho público. En la práctica, con frecuencia (cada vez con mayor frecuencia de acuerdo a nuestra experiencia) estas organizaciones llegan a imponer su supremacía a pesar y aún contra el derecho estatal. En razón de que esos plexos normativos están deliberadamente estructurados para responder a la parte dominante en el contrato, es importante oponerles los principios generales del derecho, que generalmente se desconocen porque implicarían una limitación clara a los condicionamientos de la inversión. Por eso este autor concluye diciendo que: "Por nuestra parte, hemos llegado a la misma conclusión sosteniendo que, toda vez que una relación de derecho privado se establece entre dos sujetos, debe ser posible invocar los principios generales del derecho continental, aun cuando la relación no sea sometida a un juez estatal.*

Todo orden normativo que merezca el nombre de jurídico debe velar porque en su seno no existan relaciones arbitrarias, discriminatorias o abusivas. Sería contradictorio considerar que esos órdenes son jurídicos y que, al mismo tiempo, pueden dejar de cumplir esos grandes principios" No podemos dejar de señalar la ficción que encierra el pretendido respeto a la autonomía de la voluntad cuando esa autonomía no existe, y es solo el reflejo de la autonomía de una sola de las partes del contrato, quien decide, estructura e impone sus condiciones, abusando de la necesidad de la otra parte. Otro argumento que se utiliza habitualmente para cuestionar el argumento de la imposición de condiciones, es aquel que sostiene que al estar firmados los convenios por sus representantes legítimos no pueden ser invalidados, y que esa supuesta imposición extra-legal debe ser suficientemente evidenciada, ya que de alguna manera significaría una vulneración de la soberanía. Hay cuestiones relacionadas con los principios generales del derecho que pueden ser utilizadas para cuestionar una contratación y mostrar la ilegitimidad del acto, evidenciando además la inexistencia de la tan mentada autonomía de la voluntad. En lo que hace al contrato irrazonable, existe una coincidencia con los principios del derecho administrativo provenientes del derecho romano germánico, ya que se supone que en todo contrato de la administración pública siempre debe estar presente el principio cardinal de la razonabilidad. También existe en el common law la protección contra cláusulas ilícitas o que atenten contra la moral y las buenas costumbres y no respeten la equidad de los contratos. Si de una promesa resultase una obligación contraria a la ley y a las buenas costumbres es obvio que tanto el Derecho inglés como el norteamericano declaran que la promesa es nula. Los juristas admiten una acción de nulidad en contra de cualquier contrato cuya ejecución comprenda una infracción de la ley positiva o a la ley moral. Es por eso que se habla de un contrato nulo como contrario al orden público y bajo este aspecto se nulifican las promesas de no acudir a la justicia. Empero hay que tener en cuenta que para eximirse de cumplir un contrato es necesario que el

contratante invoque y pruebe el error, violencia, abuso de autoridad o ilicitud (breach of contract)

Es un principio de derecho que ningún sujeto puede hacer legalmente lo que tiende a ser injurioso para el pueblo; también la acción que pueda alterar la tranquilidad y la paz social y aquellos valores y principios que deben ser respetados por los Estados, aun cuando la relación entre ellos esté sujeta a una ley extranjera. Esta indicación del orden público debe ser tomada en cuenta los efectos de considerar no solo los aspectos legales de los TBI, sino las consecuencias derivadas del mismo a través de las contrataciones que efectuó el Ecuador durante la vigencia de ellos, ya que tiene un enorme significado respecto no solo al debido cumplimiento del orden jurídico, sino a las consecuencias originadas en contratos no ajustados a derecho. En 1853, la Cámara de los Lores de Inglaterra, dijo que "orden público (public policy) es aquel principio de derecho que sostiene que ningún sujeto puede hacer legalmente lo que tiende a ser injurioso al público o contrario al bien público. Esta concepción del orden público en el derecho anglosajón, debe interesarnos, ya que sistemáticamente se hacen referencias al mismo en los laudos. Y es así que el Juez Joseph Smith en un célebre fallo planteó las razones básicas de moralidad y de justicia que están ínsitas en el orden público. Estas concepciones no eran nuevas y tuvieron un claro origen en el derecho romano siendo incorporadas al Código Napoleón, y están referidas esencialmente con aquellas leyes o normas internas de los estados. Uno de los doctrinarios que más se ocuparon del tema resumió el concepto de orden público diciendo que es "el conjunto de condiciones fundamentales de la vida social instituidas en una comunidad jurídica, las cuales por afectar centralmente a la organización de ésta, no pueden ser alteradas por la voluntad de los individuos, ni en su caso, por la aplicación de normas vigentes", y antes de él se había explicado que "la expresión "orden público" se presenta a varios usos en el campo del derecho. Uno es afirmativo: el orden público sirve para resolver dudas concernientes a la interpretación de las normas jurídicas, función afirmativa particularmente importante respecto de las

previsiones contenidas en las leyes de carácter penal. Otros dos usos del concepto son negativos o limitativos: 1º.- El orden público limita la libertad contractual, invalidando por ejemplo los acuerdos restrictivos del comercio, 2º.- el orden público, además, limita la aplicación de la ley extranjera y el reconocimiento de las sentencias dictadas fuera del país.

Algunos autores, pensaron que el concepto de orden público estaba asimilado al Derecho Público, conforme lo usaban los romanos, pero analizando algunos aspectos relacionados con esta cuestión, el jurista alemán Federico Carlos de Savigny indicó que los romanos empleaban indistintamente las expresiones Jus Publicum y Jus Commune para referirse con ellas, a las reglas necesarias e invariablemente imperativas, es decir a las que prescriben de modo absoluto ciertos actos u omisiones sin admitir su eventual derogación por actos de la voluntad privada. Y en su conocida obra Sistema de Derecho Romano actual, publicada en 1848 indica sin designarlo que el orden público son los límites locales a la aplicación de la ley extranjera. En el caso que nos interesa respecto a la aplicación de este concepto, intervienen aquellas cuestiones relacionadas con el derecho internacional y con las normas pactadas no solo en los TBI, sino en los contratos suscriptos a su amparo. La aplicación de la ley extranjera a la que toca tener como norma según la regla de conflicto, solamente queda excluida por razón de orden público y por fraude de la ley imputable a las partes, y al respecto debemos señalar que el orden público está unido inescindiblemente al derecho constitucional, ya que la Constitución está en la base del sistema jurídico, y en virtud de ello es la norma máxima protectora del orden público. Ese orden tiene algunos elementos distintivos que determina que las leyes de orden público, y la Constitución es su máximo exponente: a) No puedan ser derogadas por las partes por acuerdo de voluntades. b) Impiden la aplicación de la ley extranjera, no obstante, cualquier norma legal que así lo disponga. c) Pueden y deben aplicarse retroactivamente ya que no se pueden invocar a su respecto los derechos adquiridos. Además, el concepto atraviesa transversalmente toda la materia jurídica en cualquier

rama de que se trate, siendo un concepto jurídico fundamental que define en parte a un sistema normativo estatal. Al respecto nos parece muy oportuno volver a algunas de las clásicas definiciones de orden público centradas en el interés protegido por el Estado en función de la defensa de derechos y principios socialmente valiosos, por encima de aquellos particularmente legítimos, pero fundamentalmente individuales, más no en abstracto, sino ligados a la necesaria revalorización de la idea de Estado. Después de todas estas claras referencias, vemos que ese orden público ha sido invariablemente desconocido en las contrataciones sometidas al CIADI, ya que, a la abdicación de la soberanía, se sumó el sometimiento a un tribunal arbitral, cuyas decisiones resultan inapelables, y tienen la autoridad de una sentencia pasada en autoridad de cosa juzgada. También como hemos visto una de las principales características del orden público, es que este no admite la supremacía de una ley extranjera sobre el ordenamiento legal del país. Aunque en este caso no existe la supremacía de una ley, si existe la sujeción a un arbitraje internacional donde las decisiones se realizan conforme a sus propias normas, aunque ocasionalmente pueda haber alguna consideración relativa al derecho del país. Ello choca inevitablemente con disposiciones legales y constitucionales, pero además con el criterio realista con el que debe ser encarada una contratación internacional, donde no es posible admitir toda clase de imposiciones contractuales, que después van a ser consideradas, por interesados árbitros, que son parte de una estructura conformada para favorecer el interés del inversor privado. La experiencia del Ecuador, junto a la de muchos países hermanos es prueba suficiente de ello. La experiencia argentina sobre arbitraje, muestra, que es necesario terminar con esa sujeción arbitral, recuperando la facultad, de que el inversor extranjero, en caso de sentirse afectado por el Estado en el cumplimiento de un contrato, recurra a los tribunales del país, donde ha radicado su inversión, y se someta a la legislación del mismo, que conoce debidamente, ya que nadie realiza inversiones importantes, sin conocer previamente las normas legales que rigen las relaciones comerciales. Seguir aceptando jurisdicciones como la del CIADI, supone poner en manos de árbitros interesados,

designados ad-hoc, y que serán remunerados con importantes sumas, el derecho de un país a decidir sobre aquello que resulte más conveniente para sus intereses.

Por todo lo anteriormente expuesto, solicito al Señor Presidente:

1.- Se me tenga por presentado, por interpuesto este "amicus curiae" y se me tenga por constituido el domicilio legal indicado.

2.- Se tengan presente los argumentos expuestos, y eventualmente se solicite a la Presidencia de la Nación, copia del informe presentado por la CAITISA

3.- Se rechace cualquier posible reinterpretación del artículo 422 de la Constitución de la República, que admita la prórroga de la soberanía del Ecuador a favor del Arbitraje internacional.

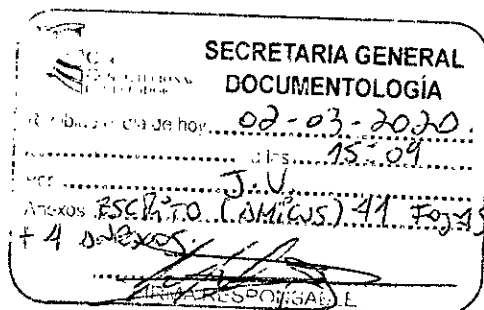
Tener presente lo expuesto y proveer de conformidad que

SERA JUSTICIA



ALEJANDRO OLMOS GAONA

Pasaporte número AAA990688



MERCOSUR
REPUBLICA
ARGENTINA



PASAPORTE



REPUBLICA ARGENTINA

**Ministerio del Interior
Registro Nacional de las Personas**



PASAPORTE ARGENTINO

*Este documento de 32 páginas, carece de validez si tiene
Raspaduras, enmiendas o agregados entre líneas
no observadas en página 6.*

AAA990688

Donbras / Given Names

ALBERT DEBRIE

09
07

Signature

<<<<<
<<<<<

