

Ecuador vuelve a ratificar la Convención del CIADI. Impacto de la ratificación en Ecuador y en la región.

9 de agosto de 2021

El 16 de julio de 2021 Ecuador ratificó el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966 ("Convenio CIADI"). El 4 de agosto de 2021 Ecuador depositó el instrumento de ratificación en el Banco Mundial, por lo que el tratado entrará en vigencia respecto de Ecuador el próximo 3 de septiembre de 2021. Esta es la segunda vez que Ecuador ratifica el Convenio CIADI, ya que en 1986 lo ratificó por primera vez. En 2009, Ecuador denunció dicho tratado, lo que produjo como efecto práctico que Ecuador dejó de ser parte del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("CIADI") y de la resolución de controversias administradas por dicho centro.

En Ecuador, este acontecimiento se enmarca dentro de un paquete de medidas para incentivar e impulsar la inversión, incluyendo la extranjera, que el gobierno del actual presidente Guillermo Lasso ha promovido. Es relevante notar, sin embargo, que aún es necesario que ocurran otros sucesos para que la ratificación del Convenio CIADI produzca los efectos esperados por Ecuador y los inversionistas.

Aún es difícil predecir si la actitud de Ecuador se replicará en la región. Por ahora, no parece probable que países como Brasil, Bolivia y Venezuela ingresen o vuelvan al CIADI siguiendo los pasos de Ecuador, a menos que se produzcan cambios de gobierno similares a los que ocurrieron recientemente en ese último país. Además, pareciera que otros países de la región, incluyendo a Perú tras la proclamación de Pedro Castillo como presidente, podrían seguir rutas exactamente contrarias a las recientemente tomadas por Ecuador.

Si tiene alguna pregunta acerca de la información incluida en esta publicación, no dude en comunicarse con su contacto regular en la firma o los siguientes autores.

NEW YORK

Ari MacKinnon
+1 212 225 2243
amackinnon@cgsh.com

Boaz Morag
+1 212 225 2894
bmorag@cgsh.com

Elisa Zavala
+1 212 225 2336
ezavala@cgsh.com

Katie Gonzalez
+1 212 225 2423
kgonzalez@cgsh.com

SÃO PAULO

Pedro Martini
+55 11 2196 7233
pmartini@cgsh.com

LONDON

Pablo Mateos Rodríguez
+44 20 7614 2367
pmateosrodriguez@cgsh.com

PARIS

Camille Martini
+33 1 40 74 69 14
cmartini@cgsh.com



1. Antecedentes históricos: Ecuador fue parte del CIADI pero luego se retiró

Ecuador firmó por primera vez el Convenio CIADI en 1986. Luego, en 2007, bajo el gobierno de Rafael Correa, Ecuador tomó medidas para limitar los efectos de dicho tratado en el país, ya que le parecía que el CIADI era un instrumento del “colonialismo”.¹ En diciembre de ese mismo año, Ecuador envió una comunicación a la Secretaría del CIADI con el fin de excluir la jurisdicción del centro con respecto a las controversias relativas al petróleo, el gas y la minería.²

Finalmente, en 2009, Ecuador denunció el Convenio CIADI. Dicha decisión tuvo efecto a partir del 7 de enero de 2010, cuando Ecuador depositó su denuncia en Banco Mundial,³ y desde aquél día Ecuador salió del CIADI. Además, en mayo de 2017 se concretó la salida de Ecuador de los tratados bilaterales de inversión (“TBI”) celebrados con 16 países: Alemania, Argentina, Bolivia, Canadá, Chile, China, España, Estados Unidos, Francia, Italia, Países Bajos, Perú, Reino Unido, Suecia, Suiza y Venezuela.⁴ No resulta totalmente claro si dicha denuncia tuvo los efectos buscados por Ecuador, ya que dicho país fue recientemente condenado a pagar importantes sumas a inversionistas extranjeros.⁵

2. Acontecimientos recientes: Ecuador ratifica por segunda vez el Convenio CIADI

2.1 Ecuador firma el Convenio CIADI

Guillermo Lasso asumió la presidencia de Ecuador el 24 de mayo de 2021. En su campaña presidencial⁶ y durante los primeros días de su gobierno se ha enfocado en la reactivación de la economía y en medidas para incentivar la inversión, incluyendo la extranjera.⁷ Como parte de esos esfuerzos, Ecuador volvió a firmar el Convenio CIADI.⁸

2.2 La Corte Constitucional confirma la constitucionalidad de la ratificación del Convenio CIADI

Una vez firmado el Convenio CIADI, de acuerdo a la Ley de Garantías Jurisdiccionales de Ecuador, era necesario que la Corte Constitucional determinara si el tratado, por sus particularidades y contenido, requería ser aprobado por el poder legislativo.⁹ En los casos en que la Corte Constitucional determina que aquella aprobación es necesaria, entonces la Asamblea Nacional debe otorgar su consentimiento antes que el tratado en cuestión pueda ser ratificado por el presidente.

Ante la Corte Constitucional la discusión se centró en la aplicación de los artículos 419(7) y 422 de la Constitución los cuales impiden “ceda[r] jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.” Algunos argumentaban que la ratificación del Convenio CIADI no producía aquel efecto ya que participar de dicho centro no resulta en una cesión de

¹ <https://latinlawyer.com/ecuador-ratifies-icsid-convention>.

² <https://www.scielo.br/j/seq/a/vGsHRG5KDXtGgSFB6GkjMGzv/?lang=en>.

³ <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/30/ecuador-signs-the-icsid-convention-next-steps-for-entry-into-force/#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20ICSID,not%20by%20a%20different%20instrument>. Ver Convenio CIADI, artículo 71.

⁴ <https://www.iisd.org/itn/es/2017/06/12/ecuador-denounces-its-remaining-16-bits-and-publishes-caitisa-audit-report/>.

⁵ <https://www.law360.com/articles/1407436/oil-co-reaches-deal-with-ecuador-over-412m-award>. Ver, para mayor profundidad, los efectos que tuvo la denuncia del Convenio CIADI en Venezuela: https://www.clearygottlieb.com/-/media/files/why-venezuelas-bondholders-must-litigate-not-arbitrate_richcooper_boazmorag121517.pdf.

⁶ <https://guillermolasso.ec/wp-content/uploads/2020/10/Plan-de-Gobierno-Lasso-Borrero-2021-2025-1.pdf>.

⁷ Ver Boletín Oficial N° 079, Secretaría General de Comunicación de la Presidencia de Ecuador, 21 de junio de 2021, <https://www.comunicacion.gob.ec/el-ecuador-del-encuentro-da-pasos-firmes-para-la-atraccion-de-inversiones-y-confianza-internacional/>.

⁸ <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/30/ecuador-signs-the-icsid-convention-next-steps-for-entry-into-force/#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20ICSID,not%20by%20a%20different%20instrument>.

⁹ <https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/presidente-lasso-ratifica-retorno-ciadi.html>.

jurisdicción a un arbitraje internacional mientras no se firmen TBIs con cláusula arbitral CIADI. Otros, entendían que la firma del tratado ya implica una inconstitucional cesión de jurisdicción soberana.

La primera de aquellas visiones prevaleció y el 30 de junio de 2021 el pleno de la Corte Constitucional resolvió, mediante un fallo contra el cual no proceden recursos, que la ratificación del Convenio CIADI no requiere la aprobación de la Asamblea Nacional, y que además tampoco se requiere un dictamen de constitucionalidad por parte de dicha corte.¹⁰ Lo anterior, ya que a la Corte Constitucional le pareció que respecto del Convenio CIADI no aplicaban ninguna de las causales que, de acuerdo a la Constitución, harían necesaria la aprobación parlamentaria.¹¹ Sin embargo, nos parece que la misma discusión que se dio respecto a la firma del Convenio CIADI podría surgir cuando se firmen tratados de inversión, con lo que la Corte Constitucional, y eventualmente la Asamblea Nacional, podrían impedir la firma de tratados de inversión privando de efectos prácticos al Convenio CIADI.

2.3 Ratificación del Convenio CIADI y el depósito del instrumento

Los artículos 147(10) y 418 de la Constitución de Ecuador le permiten al presidente ratificar tratados internacionales. En uso de aquellas facultades, el pasado 16 de julio de 2021, Lasso ratificó oficialmente el Convenio CIADI, a través del Decreto Ejecutivo 122.¹²

¹⁰ Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen No. 5-21-TI/21, de 30 de junio de 2021, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYw1pdGUnLCB1dWlkOidiNDJIODMyYy01MDc4LTQxMDktYWMwMy0xOTc2YzdiNzUyNTUucGRmJ30=.

¹¹ Corte Constitucional de Ecuador, Dictamen No. 5-21-TI/21, de 30 de junio de 2021, http://esacc.corteconstitucional.gob.ec/storage/api/v1/10_DL_FL/e2NhcNBlDGE6J3RyYw1pdGUnLCB1dWlkOidiNDJIODMyYy01MDc4LTQxMDktYWMwMy0xOTc2YzdiNzUyNTUucGRmJ30=.

¹² Decreto Ejecutivo de Ecuador No. 122, de 30 de junio de 2021, <https://www.presidencia.gob.ec/>.

Internacionalmente, la ratificación surte efectos una vez que el instrumento de ratificación se deposita en el Banco Mundial. Esto ocurrió el 4 de agosto de 2021,¹³ por lo que de acuerdo al artículo 68(2) del Convenio CIADI dicho tratado entrará en vigencia respecto de Ecuador 30 días después, es decir, el 3 de septiembre de 2021.¹⁴ Desde ese día, participará de los órganos del CIADI, y podrá tener un representante.¹⁵

3. Próximos pasos: lo que falta para que la ratificación surta los efectos esperados

La ratificación y depósito del instrumento no es suficiente para que un inversionista pueda iniciar un arbitraje CIADI en contra de Ecuador, sino que es necesario que el inversionista haya suscrito un acuerdo con cláusula arbitral en que las partes consienten en someter sus disputas al CIADI,¹⁶ o que el Estado del que proviene el inversionista haya firmado un TBI u otro instrumento (p. ej., un Tratado de Libre Comercio) con el país receptor de la inversión que disponga que las disputas que puedan surgir con relación de la inversión se resolverán a través de un arbitraje CIADI.

Dicho esto, la decisión de Ecuador de ratificar el CIADI es un primer paso positivo para los inversionistas. Es también positivo para Ecuador ya que la firma del Convenio CIADI y de TBIs probablemente producirá un aumento de la inversión extranjera. Precisamente, Ecuador actualmente estaría negociando TBIs con otros países como Brasil, Canadá, Suiza,¹⁷ y probablemente México.¹⁸ Una vez que se conozca el texto de aquellos tratados será

¹³ <https://www.eluniverso.com/noticias/economia/ecuador-ratifica-el-convenio-del-ciadi-nota/>.

¹⁴ Convenio CIADI, artículo 68(2).

¹⁵ Ver Convenio CIADI, artículo 4.

¹⁶ Ver Convenio CIADI, artículo 36.

¹⁷

<https://www.elcomercio.com/actualidad/negocios/ecuador-suiza-negocios-convenio-bilateral.html>;
<https://apnews.com/article/868aab69f4ed98f5526642cc217ec683>.

¹⁸ <https://www.swissinfo.ch/spa/ecuador-m%C3%A9xico-ecuador-espere-la-respuesta-de-m%C3%A9xico-para-negociar-el-tlc--dice-ministro/46845976>.

relevante atender al texto de la cláusula de resolución de disputas que se incluya. Estás podrían dirigir las disputas al CIADI, pero también podrían, p. ej., establecer que otros centros, como el de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil (CNUDMI), o cortes permanentes, como la Corte Permanente de Arbitraje, sean las que decían aquellas disputas, sea de forma exclusiva o alternativa al CIADI. La controversia sobre la eventual negativa de la Asamblea Nacional a aprobar estos tratados, como antes explicábamos, podría existir independiente de cual sea el centro o corte internacional que se designe. Habrá que ver, también, si Ecuador encuentra formas para evitar ese problema firmando acuerdos que no requieran pasar por aquellas instituciones.

Adicionalmente, Ecuador tendría una reserva de fondos para pagar un eventual laudo desfavorable del CIADI por un monto cercano a los 375 millones de dólares,¹⁹ lo que también otorgaría ciertas garantías a los inversionistas.

Finalmente, cabe mencionar que el apoyo a la firma del Convenio CIADI no ha sido transversal ni unánime entre los distintos sectores políticos de Ecuador. El candidato presidencial derrotado por Lasso, Andrés Arauz, quien obtuvo un considerable 48% de los votos, ya se ha pronunciado en contra de la firma del Convenio CIADI. Él explicó lamentar que la Asamblea Nacional no se haya podido pronunciar sobre este tema que, a su parecer, en el pasado implicó pasar por alto al poder judicial ecuatoriano; permitió a las empresas extranjeras violar las leyes; e implicó pérdidas millonarias para Ecuador.²⁰ Otros legisladores de oposición han omitido opiniones similares, como Salvador Quishpe, quien afirmó que el retorno al CIADI viola la Constitución y permite la

extracción de las riquezas naturales por extranjeros en perjuicio del pueblo ecuatoriano.²¹

4. Efectos en Sudamérica: ¿Impondrá Ecuador una tendencia en la región o todo lo contrario?

Ecuador se convirtió en el país 164 en firmar la Convención del CIADI, con lo que ahora el 85% de países en el mundo (164 de 193 de los que pertenecen a las Naciones Unidas) lo han firmado. En Sudamérica Brasil, Bolivia, y Venezuela no son parte del Convenio: el primero porque nunca lo ha firmado, y los otros dos porque lo denunciaron en 2005 y en 2012, respectivamente.²²

No parece haber indicios de que los recientes acontecimientos en Ecuador se vuelvan una tendencia en la región ya que el único país que ha visto un cambio político es Ecuador. Así, no se espera que haya cambios en Bolivia y Venezuela mientras algo similar no ocurra en esos países también.

Confirmación de lo anterior parecen ser los recientes acontecimientos electorales en Perú. Dicho país es parte del CIADI, y ha logrado atraer inversión extranjera con éxito en los últimos años. Pero Pedro Castillo, el nuevo presidente de Perú, propone revisar los actuales tratados internacionales en materia de inversión, e identifica al CIADI como uno de varios instrumentos de “control comercial” de los que Castillo quisiera liberar a Perú.²³

...

CLEARY GOTTlieb

¹⁹

[http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/30/ecuador-signs-the-icsid-convention-next-steps-for-entry-into-force/#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20ICSID,not\)%20by%20a%20different%20instrument.](http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2021/06/30/ecuador-signs-the-icsid-convention-next-steps-for-entry-into-force/#:~:text=The%20purpose%20of%20the%20ICSID,not)%20by%20a%20different%20instrument.)

²⁰ <https://confirmado.net/2021/07/16/andres-arauz-la-experiencia-de-ecuador-con-el-ciadi-ha-sido-terrible-perdimos-2000-millones/>

²¹

<https://www.elcomercio.com/actualidad/politica/presidente-lasso-ratifica-retorno-ciadi.html>.

²²

<http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2019/02/26/the-trajectory-of-international-arbitration-in-latin-america-and-current-trends-in-isds/>.

²³ <https://gestion.pe/peru/politica/pedro-castillo-la-revision-de-los-tlc-y-otras-medidas-de-comercio-exterior-de-su-plan-de-gobierno-noticia/?ref=ges>.