

Derecho Interno vs. Derecho Externo: el caso OXY-Ecuador

Internal Law Vs. External Law: The Case Of OXY-Ecuador

Ángel Eduardo Torres Maldonado

Magíster en Derecho, mención en Derecho Constitucional

Magister en Economía, mención en Descentralización y Desarrollo Local

Doctorando del Programa de Derecho de la Universidad Externado de Colombia

Ex profesor de la Carrera de Derecho de la Universidad Nacional de Loja

Correo electrónico: angeltm63@hotmail.com.

Resumen

Durante el gobierno del Presidente de Ecuador: Alfredo Palacio, el Ministro de Energía y Minas (2006) declaró la caducidad del Contrato de Participación celebrado entre PETROECUADOR y OXY para la explotación y exploración petrolera en el bloque 15, debido al incumplimiento legal y contractual de obtener la autorización del Ministerio del Ramo para transferir el 40% de sus acciones a una empresa canadiense. OXY interpuso inmediatamente una demanda de arbitraje ante el CIADI, cuyo tribunal determinó sanciones indemnizatorias con graves repercusiones para la economía nacional. La decisión arbitral desecha el argumento ecuatoriano de falta de jurisdicción del CIADI; a la fecha se encuentra en trámite el recurso de nulidad. El objeto del presente ensayo es analizar desde una perspectiva crítica, la prevalencia del derecho interno o externo, aplicable al caso específico denominado: OXY-ECUADOR.

Palabras clave: CIADI, Contrato de Participación, Pacta Sunt Servanda, soberanía, Tratado Bilateral de Inversiones. Palabras clave: Estado de Derecho, libertad, peligro, seguridad, Sociedad.

Abstract

During the administration of President of Ecuador Alfredo Palacio , Minister of Energy and Mines (2006) stated expiration Participation Contract between Petroecuador and OXY for exploitation and oil exploration in block 15 , due to legal and contractual breach of obtain authorization from the Ministry of the sector to transfer 40% of its shares to a Canadian company. OXY immediately filed for ICSID arbitration , the court determined compensatory sanctions serious repercussions for the national economy . The arbitration decision rejects the argument Ecuadorian lack of jurisdiction of ICSID; to date is pending the motion to vacate . The purpose of this essay is to analyze from a critical perspective , the prevalence of internal or external, applicable case law referred to espezifico : OXY - ECUADOR.

Keywords: ICSID Participation Agreement , pacta sunt servanda , sovereignty, Bilateral Investment Treaty.

1. Introducción

A partir de la década del 70, el Ecuador inicia procesos productivos extractivistas y para ello ha suscrito diversos tipos de contratos destinados a la prospección, exploración y explotación de yacimientos de petróleo, ubicados en los territorios amazónicos. Actividad compleja por las grandes afectaciones ambientales que genera, por la contaminación social ocasionada en los pueblos y nacionalidades que habitan esos territorios, pero de mucho interés económico por tratarse de una de las fuentes de ingresos económicos del presupuesto general del Estado, más importante de los últimos años.

La falta de capital nacional ha incidido en la búsqueda permanente de inversionistas extranjeros, en cuyo propósito el Estado ha suscrito y ratificado instrumentos internacionales encaminados a ofrecer un clima de confianza y garantía a las inversiones, ofreciendo condiciones exageradas a su favor y por supuesto cediendo soberanía para la solución de controversias a través de órganos ajenos al Estado, pero es preciso tener en cuenta que el mayor interés de todo inversionista radica en someter las controversias, a órganos imparciales e independientes de los Estados receptores.

El Ecuador ha sido sometido a alrededor de 34 procesos de arbitraje, especialmente ante el CIADI y según la Procuraduría General del Estado, el país podría perder algo más de diecisiete millones de dólares; entre los casos se encuentra el denominado OXY-Ecuador, en el cual, el fallo de mayoría condena al Ecuador a indemnizar a la OXY con 1.769'625.000,00 dólares de los Estados Unidos de América, más intereses, lo cual constituye una seria amenaza a la economía nacional.

El país impugnó la competencia del tribunal arbitral constituido por el CIADI, para conocer y resolver el diferendo ocurrido a partir de la declaratoria de caducidad del Contrato de Participación, sin embargo ese argumento y otros fueron desatendidos por el tribunal en su laudo arbitral que a la fecha se encuentra suspendidos sus efectos, debido a que enfrenta una impugnación para que sea declarado nulo.

Considero importante analizar críticamente en este breve ensayo, la aplicación de las normas de derecho internacional, en relación con las de derecho interno, especialmente referidas a la competencia del CIADI, para conocer y resolver controversias surgidas entre un

Estado y un nacional de otro Estado y sus impactos en la economía y posibilidades de desarrollo.

2. Antecedentes

Entre PETROECUADOR, empresa creada por el Estado ecuatoriano y la empresa Estado Unidense "Occidental Exploration and Production Company" OXY, celebraron varios contratos, convenios y acuerdos de diversos tipos, para la explotación petrolera y exploración adicional de hidrocarburos en el bloque 15, que se encuentra ubicado en la amazonia ecuatoriana, muy rica en biodiversidad.

Con base en el literal a) del artículo 32 del Reglamento para la aplicación de la Ley No. 44, Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos, la Compañía propuso en mayo de 1997, la transformación del Contrato de Prestación de Servicios, por uno de Participación, el cual, luego de los informes pertinentes fue celebrado el 7 de octubre de 1998, con aplicación de las cláusulas contractuales desde el 1 de enero de 1999; respecto del cual versará el estudio académico del presente ensayo.

La cláusula décimo sexta del Contrato de Participación prevé el cumplimiento de la legislación ecuatoriana, y en especial la disposición prevista en el artículo 79 de la Ley de Hidrocarburos, que prescribe: "La transferencia de un contrato o la cesión a terceros de derechos provenientes de un contrato, serán nulas y no tendrán valor alguno si no procede la autorización del Ministerio del Ramo, sin perjuicio de la declaración de caducidad según lo previsto en la presente ley". El numeral 16.2 del Contrato de Participación aclara que dicha prohibición "...no obsta para que puedan ser negociadas libremente las acciones de la contratista sin necesidad de dicha autorización, a condición de que la negociación de dichas acciones no cambie, modifique o extinga la personalidad jurídica de la contratista, ni constituya disminución en su capacidad administrativa, financiera y técnica..."

Por su parte, la cláusula vigésima del mismo Contrato somete los desacuerdos de orden técnico que involucren aspectos económicos a la solución por medio de un consultor, en caso contrario o cuando se trate de otros aspectos, las partes acordaron libre y voluntariamente someterse al arbitraje en derecho, en la forma prevista en la Ley de Hidrocarburos y la Ley de Mediación y Arbitraje constituido por la Cámara de Comercio de Quito o a un centro de arbitraje internacional regulado por Tratados, Convenios, Protocolos y más actos de

derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. No obstante, en el punto 20.3 del Contrato, explícitamente acordaron someter las diferencias a la jurisdicción y competencia del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, suscrito por el Ecuador como Estado miembro del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, instrumento publicado en el Registro Oficial No. 386 del 3 de marzo de 1986, y que fue ratificado por el Congreso Nacional del Ecuador el 06 de abril del año 2001.

De otra parte, la cláusula vigésimo primera determina entre las causas de terminación del contrato 21.1.1. “Por declaratoria de caducidad emitida por el Ministerio del Ramo, por las causales y bajo el procedimiento establecido en los artículos 74, 75 y 76 de la Ley de Hidrocarburos”. Por su parte, el numeral 11 del artículo 74 de la invocada Ley incorpora entre las causas para declarar la caducidad del contrato, si: “ Traspasare derechos o celebrare contrato o acuerdo privado para la cesión de uno o más de sus derechos, sin la autorización del Ministerio” y el artículo 75 a su vez dispone que esa medida “...implica la inmediata devolución al Estado de las áreas contratadas y la entrega de todos los equipos, maquinaria y otros elementos de exploración o producción, instalaciones industriales o de transporte, sin costo alguno...”

El 19 de octubre de 2000, la Compañía “Occidental Exploration and Production Company” OXY celebra un contrato de cesión del 40% de sus derechos y obligaciones (Farmout) derivadas del Contrato de Participación de Exploración y Explotación de Hidrocarburos en el bloque 15, a favor de la Compañía canadiense “Alberta Energy Corporation” (AEC) y el 31 de octubre de 2000 celebran un Acuerdo de Operación Conjunta (JOA), dicha compañía cede posteriormente esos compromisos a la Compañía ENCANA;¹ lo cual, a decir de Occidental habría tenido el propósito de inyectar liquidez, hecho que habría sido de conocimiento pero no autorizado por el Ministerio de Energía y Minas, según la Ley de Hidrocarburos y el contrato.

Haberse apartado de las tasas máximas de producción autorizadas por la Dirección Nacional de Hidrocarburos que pudo ocasionar la sobre explotación de los campos

1 Procuraduría General del Estado, Defensa Jurídica de una Decisión Soberana y en derecho, Caso OXY vs. Ecuador, Edición Especial, p.3 Recuperado de <http://www.oxyblogpge.com/ec/>

a su cargo, dio lugar a la aplicación de multas en seis ocasiones, no haber reportado el inicio y finalización de perforaciones, ni entregado información codificada sobre el movimiento de crudo y otras causas (Iturralde, 2007)² fundamentalmente la cesión de derechos y obligaciones sin la autorización del Ministerio del Ramo, ocasionaron la decisión adoptada el 15 de mayo de 2006, por el Ing. Iván Rodríguez, Ministro de Energía y Minas durante el gobierno del Dr. Alfredo Palacios, de declarar la caducidad del contrato de Participación, celebrado entre PETROECUADOR y la Compañía Occidental.

Apenas dos días después de expedida y notificada la resolución de declaración de caducidad, esto es el 17 de mayo de 2006 la Compañía OXY presentó una notificación de arbitraje en contra del Ecuador, ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), para resolver el diferendo producido como resultado de la declaratoria de caducidad. Con posterioridad la compañía OXY retiró la demanda presentada contra PETROECUADOR, pero mantuvo el reclamo propuesto contra el Estado ecuatoriano.

3.- Competencia del CIADI para conocer y resolver el arbitraje

El gobierno del Ecuador argumentó la incompetencia del CIADI para conocer y resolver el arbitraje propuesto por OXY, aduciendo que la controversia surgida se regía por el Contrato de Participación que se encuentra sujeto al ordenamiento jurídico nacional, en cuya virtud solo las Salas de lo Contencioso Administrativo eran competentes para dirimir la controversia y porque además, el Tratado Bilateral de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, celebrado entre los gobiernos del Ecuador y Estados Unidos, prevé que deba existir obligatoriamente un período de negociaciones entre las partes, de al menos seis meses antes de iniciar un proceso arbitral, lo que no fuera observado por la demandante.

Por su parte la Compañía OXI argumentó que el Ecuador no podía invocar su propia legislación para eludir el cumplimiento de sus obligaciones asumidas

2 Iturralde Hidalgo, Yuri Manuel, (2007). El Respeto de los Contratos Petroleros entre el Estado Ecuatoriano y las Compañías Internacionales, Universidad de las Américas, Quito, p.57. Recuperado de: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/156/3/UDLA-EC-TAB-2007-24.pdf>

bajo el derecho internacional, tanto más que el Contrato de Participación no excluía explícitamente la renuncia a la jurisdicción del CIADI; y, que la espera de seis meses resultaba irrelevante si se tiene en cuenta que desde el inicio del proceso de caducidad (septiembre de 2004) hasta su resolución (mayo de 2006) ese tiempo había transcurrido en exceso, sin posibilidad de solución intrapartes.³

Para que proceda el arbitraje es indispensable la manifestación del consentimiento voluntario por las partes en conflicto, el cual puede constar expresamente en el contrato, ser manifestado con posterioridad al surgimiento de la controversia, o, derivarse del ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto.

Surgieron muchas voces argumentando que el Ecuador no podía someterse a un tribunal extranjero porque significaba renunciar a su soberanía, tanto más que no había expresado su consentimiento, que designar un árbitro significaba aceptar la procedencia del arbitraje y que el tribunal del CIADI tiende a favorecer al inversionista en desmedro del interés nacional; ese discurso obtuvo fuerte aceptación ciudadana y un poderoso eco político, al punto que el tribunal se integró sin contar con el árbitro sugerido por la parte demandada; las personas que esporádicamente esgrimieron argumentos en contrario estaban expuestas a ser condenadas a fuertes descalificaciones o cuestionamiento a su sentimiento patriótico y compromiso con los intereses nacionales.

No cabe duda que los acuerdos concertados entre empresas extranjeras y un Estado se hallan sujetas en principio al derecho interno, por tanto, bien puede el Estado expedir normas o medidas que afecten la situación jurídica y económica de las entidades extranjeras, frente a lo cual la protección diplomática no puede amparar a un inversor extranjero, salvo que entre las afectaciones se encuentren derechos adquiridos garantizados por el derecho internacional. En esa virtud, los inversores han logrado incorporar nuevas formas jurídicas que los ampare de las modificaciones legislativas futuras y que les permita una reclamación directa, sobre los eventuales perjuicios que les pudiera ocasionar.⁴

3 Procuraduría General del Estado, Op. Cit., pp. 6 y 7

4 Sobre la protección diplomática de los derechos adquiridos véase la sentencia arbitral del 30-6-1930 entre Portugal y Alemania; además en Julio Barberis, *Fuentes del Derecho Internacional*, Editora Platense, La Plata, 1973, p. 170.

Un análisis jurídico serio, no puede prescindir de considerar el principio “Pacta Sunt Servanda”, que se encuentra positivizado en la Convención de Viena, sobre el Derecho de los Tratados de 1969 y la Resolución 2625 -Declaración de 1970- por el cual los Estados no pueden esgrimir la aplicación de normas de su derecho interno –ni aún la propia Constitución– para desconocer o incumplir los compromisos internacionales asumidos soberanamente.⁵ Entonces, así como el derecho internacional no puede condicionar las decisiones soberanas de los Estados, tampoco es posible que mediante normas de derecho interno se pueda condicionar la efectiva vigencia y aplicación del derecho internacional.

En consecuencia, si el Estado ecuatoriano suscribió y ratificó el tratado constitutivo del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), así como el Tratado Bilateral de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones, celebrado entre los gobiernos del Ecuador y Estados Unidos en cuyo artículo VI determina: “Cada una de las partes consiente en someter cualquier diferencia en materia de inversión al arbitraje obligatorio para su solución, de conformidad con la opción especificada en el consentimiento por escrito del nacional o la sociedad, según el párrafo 3” en cuya virtud, resulta controvertida la argumentación ecuatoriana y por tanto el CIADI lo desestimó.

Es de destacar que la Constitución Política de la República del Ecuador, vigente desde 1998 hasta el 2008, en su artículo 163 previó: “Las normas contenidas en tratados y convenios internacionales una vez promulgados en el Registro Oficial, formarán parte del ordenamiento jurídico de la República y prevalecerán sobre leyes y otras normas de menor jerarquía” Consecuentemente las normas contenidas en el tratado bilateral fueron parte de nuestro ordenamiento jurídico, hasta cuando fue denunciado y perdió vigencia, más allá de coincidir o no con su contenido, constituyó una norma de derecho internacional y del derecho interno del Ecuador.

El tribunal arbitral estuvo constituido por tres árbitros, usualmente cada una de las partes nombra uno de común acuerdo, sin embargo el Ecuador se

5 Oyarte Martínez, Rafael, *Curso de Derecho Constitucional*, Tomo I: Fuentes del Derecho Constitucional, Poder Constituyente, Derechos Políticos, Fundación Andrade Asociados, Quito 2007, p. 122

negó a designar al árbitro que le correspondía, en cuya virtud se integró conforme al artículo 38 del Convenio, que atribuye al presidente del Consejo Administrativo del CIADI, para que a pedido de cualquiera de las partes pueda nombrar el o los árbitros que faltaren, procedimiento que fue aplicado en el presente caso.

4. Laudo arbitral

El laudo arbitral expedido por la mayoría de integrantes del tribunal del CIADI concluyó que el Ecuador violó el artículo II.3 del Tratado Bilateral de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos al no brindar un trato justo y equitativo a la inversión de OXY; que Ecuador violó el artículo III.1 al haber expedido una medida “equivalente a la expropiación” al haber declarado la caducidad; y, que OXY violó la cláusula 16.1 del Contrato de Participación al no haber obtenido la autorización del Ministerio del Ramo para la transferencia de derechos mediante el acuerdo Farmout.

Como consecuencia de las violaciones determinadas, el tribunal de arbitraje condena a la Compañía OXY a pagar el equivalente al 25% del perjuicio ocasionado a consecuencia de la declaración de caducidad del Contrato de Participación; mientras el Estado ecuatoriano debe indemnizar a OXY con un monto total de 1.769'625.000,00 dólares de los Estados Unidos de América, más intereses.⁶

El laudo arbitral tiene el voto disidente de la profesora Brigitte Stern, quien coincide con el criterio de mayoría referente a los hechos y al derecho, además con la desproporción de la medida adoptada por el Gobierno de Ecuador al resolver la caducidad del Contrato de Participación, pero disiente en relación con el cálculo de los daños ocasionados, en lo fundamental considera que el tribunal solo podía otorgarle el equivalente al 60% que corresponde a las acciones de OXY, puesto que el 40% fue cedido a una empresa China, no sujeta al Tratado Bilateral y OXY podría quedarse con ese valor, con lo que se produciría un enriquecimiento ilícito; además considera que OXY asumió el riesgo de la declaratoria de caducidad al haber cedido sus acciones sin observar normas legales ecuatorianas aplicables al caso, por lo que habría sido más razonable distribuir la responsabilidad entre OXY y Ecuador en una equivalencia 50/50, esto se

debería a una apreciación de los hechos, más que a una cuestión de derecho, según su afirmación.

Sin embargo de lo señalado por el Estado ecuatoriano, la firma Cabezas&Wray, Abogados que lo patrocinó hasta septiembre de 2006 sostiene lo siguiente:

“Al haber una reclamación no excluida del arbitraje, el argumento que aquí se analiza deja de ser eficaz como fundamento para desconocer la jurisdicción del CIADI. Por consiguiente, aunque es cierto que según el contrato entre PETROECUADOR y Occidental el arbitraje no procede respecto de la caducidad, tal argumento conduce a cuestionar la competencia del tribunal, no la pertinencia del arbitraje en su totalidad. Falta de jurisdicción no es lo mismo que incompetencia.

Es así que las disposiciones del Contrato de Participación no excluyen el arbitraje. Sirven para limitar el ámbito de competencia del tribunal de arbitraje, excluyendo de dicho ámbito las cuestiones relacionadas con la caducidad del contrato. No sirven para evitar el arbitraje como tal.”⁷

Según afirma la Procuraduría General del Estado ecuatoriano, el Tribunal habría incurrido en exceso de poder y falta de motivación al declararse competente para conocer y resolver el diferendo, aún cuando la caducidad había sido expresamente excluida del arbitraje y al no motivar las razones por las que rechazó las objeciones a la jurisdicción planteadas por Ecuador. El Estado ecuatoriano considera que las violaciones no solo afectan la validez del laudo, sino que pone en duda todo el sistema arbitral internacional, y, en consecuencia solicitó la anulación del laudo arbitral, conforme a lo previsto en el artículo 52 del convenio CIADI.⁸

5. El CIADI y los TBIs

El CIADI es una organización internacional impulsada por el Banco Mundial, creada mediante el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, para promover la inversión extranjera en países en vías de desarrollo, con el fin de ejecutar proyectos productivos.

6. Procuraduría General del Estado, Op. Cit., p. 14

7 El caso OXY: 12 tesis equivocadas, p. 40, Recuperado de: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/lurisDictio_10/El_Caso_Oxy.pdf

8 Procuraduría General del Estado, Op. Cit., 16

La iniciativa tuvo el propósito de mejorar el ambiente de confianza de los inversionistas frente a los riesgos de controversias entre el país receptor de la inversión y el inversionista, las que deberían ser resueltas por un foro neutral y autónomo que mantenga el equilibrio entre los intereses del Estado receptor y el inversionista, mediante procedimientos de arbitraje y mediación, siempre que no se trate de inversiones ordinarias.

El consentimiento es uno de los aspectos fundamentales en la jurisdicción del CIADI, el cual debe ser explícito y por escrito cuando el Estado de donde es originario el nacional inversionista o el Estado parte en la diferencia no son Estados contratantes del convenio de Washington, en cuyo caso no podrá iniciarse un proceso de arbitraje en el CIADI. Ahora bien, el consentimiento otorgado por el Estado puede estar contenido en un tratado de inversión o se encuentre expresada la opción de recurrir al arbitraje del CIADI a través de leyes internas del Estado sobre promoción de inversiones; en tanto que el inversionista puede consentir por escrito, aceptando la oferta.

Otro aspecto importante es la competencia que está limitada a diferencias surgidas entre un Estado contratante y un nacional de otro Estado contratante, por lo tanto, una de las partes procesales del arbitraje debe ser siempre un Estado, excepto cuando el mismo Estado hubiere designado ante el centro, las subdivisiones políticas u organismos públicos que puedan por sí mismo ser parte en un arbitraje, en estos casos se requiere el consentimiento de la subdivisión política u organismo público. La otra parte puede ser un nacional persona física o jurídica, para las que el Convenio hace diferencia sobre los requisitos para cada uno de ellos.

La competencia del centro se refiere únicamente a diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión, más no pueden obedecer a cuestiones meramente políticas o comerciales, solo en esos casos el CIADI puede intervenir. Al tribunal le corresponde resolver sobre su propia competencia, como cuestión previa o conjuntamente con el fondo de la cuestión planteada; en el caso OXY-Ecuador, la resolvió al expedir el fallo arbitral.

El arbitraje del CIADI es de carácter autónomo en el sentido de que son independientes del derecho nacional y no están sujetos al control de órganos judiciales nacionales, sino a los propios medios de control

previstos en el convenio: rectificación o requerimiento de decisión complementaria, aclaración, revisión o anulación; recursos que las partes pueden interponer para hacer valer sus derechos.

Finalmente, conforme al artículo 53 del Convenio, el laudo es de aplicación obligatoria y no es objeto de apelación ni otro recurso que no esté estipulado en el convenio, ni puede ser declarado nulo ni revisado por tribunales nacionales; en cuyo caso el Estado está obligado a cumplir las obligaciones pecuniarias que le pudieran ser impuestas; y en caso de incumplimiento, los Estados de los que son originarios los nacionales involucrados pueden acudir a la reclamación diplomática.

Por su parte los Tratados Bilaterales de Inversiones celebrados entre dos Estados tienen el propósito de establecer un marco jurídico para el manejo de los flujos de inversión y crear derechos a favor de los inversores originarios de esos países, promover una mayor cooperación económica para lograr mayor desarrollo económico de los países participantes, el incremento de la prosperidad de los pueblos, mantener un marco estable para las inversiones y un trato justo y equitativo recíproco.⁹

El Gobierno del Ecuador inició un proceso de denuncia de los Tratados Bilaterales de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones que había celebrado con varios países; ha anunciado su salida del CIADI; y, mediante Decreto Ejecutivo expedido el 6 de mayo de 2013 creó una Comisión para la auditoría integral ciudadana de dichos tratados a fin de determinar probables indicios de responsabilidad en los que hubieren incurrido los intervinientes, establecer los antecedentes jurídicos y fácticos y los impactos sociales, económicos y jurídicos, para cuya labor prevé el plazo de ocho meses prorrogables por una sola vez.

El Estado ecuatoriano firmó 26 TBIs en los que se asignan obligaciones exageradas hacia las corporaciones privadas, a la vez que las protege

9 Soria Vladimir, Briones Yesenia, 2013, Volumen No. 5, Revista Científica de la Dirección de Investigaciones y Proyectos Académicos, Universidad de Guayaquil, *Los Tratados Bilaterales de Inversión y su incidencia en la soberanía de las Naciones*; Investigación, Tecnología e Innovación, p.36. Recuperado de: <http://revistadipa.ug.edu.ec/dipa/anterior/ediciones/RevistaDIPA2013.pdf#page=38>

gracias a sus cláusulas vagas. La principal característica de estos tratados es la reasignación de la soberanía, con un arbitraje internacional liderado por el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), los cuales se alejan de los principios jurídicos nacionales.¹⁰

6. A manera de conclusiones

De ser negado el recurso de nulidad del laudo arbitral expedido por el tribunal del CIADI en el caso OXY-ECUADOR, corresponderá la fase de su ejecución en la que pueden efectuarse embargos y reclamos diplomáticos inclusive, pues, cubrir el monto de la indemnización (1.769'625.000,00 dólares, menos el 25% y más intereses) afectará gravemente a la economía nacional, cumplir la sentencia será tarea complicada, más si se tiene en cuenta el alto déficit presupuestario existente; lo que podría exacerbar los sentimientos anti imperialistas ya conocidos en la región, más que una reacción analítica y reflexiva sobre los hechos y la actuación jurídica y política de los involucrados en el caso.

Ecuador, al ser suscriptor de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, aceptó la cláusula del pacta sunt servanda, en cuya virtud sería poco aceptable la argumentación de la aplicación de normas internas para justificar el cuestionamiento a la jurisdicción del CIADI, sin tener en consideración las normas de derecho internacional.

Ni aún las de rango constitucional como la prevista en el artículo 422¹¹ que impide celebrar convenios o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a favor de instancias de arbitraje internacional en las controversias entre el Estado y personas naturales o jurídicas, puede imponerse ante la comunidad internacional.

Dicha limitación hace explícita excepción para la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en latinoamérica, tramitados por instancias arbitrales regionales; disposición claramente excluyente de

todos los demás, con un sesgo ideológico inocultable y de imposible aplicación al someternos a la justicia internacional.

En el caso específico objeto de análisis: OXY-Ecuador, si bien el Contrato de Participación remite efectivamente a la jurisdicción contenciosa administrativa del Ecuador, para la solución de las controversias relativas a la caducidad, no contiene un mandato de exclusividad; entonces cuando la cláusula 20.3 acepta la opción de acudir al CIADI y el Tratado Bilateral de Inversiones suscrito entre los Gobiernos de Ecuador y Estados Unidos -más allá de las personas que intervinieron en su representación- es el Estado ecuatoriano el que soberanamente aceptó las condiciones previstas en dicho instrumento; con cuyo contenido podemos disentir, pero al ser parte del derecho internacional y consecuentemente del derecho interno, estamos obligados a su observancia.

Los argumentos ecuatorianos referidos a la carencia de jurisdicción del CIADI para conocer y resolver la controversia, parecen encontrar sustento en la interpretación de las normas jurídicas en su sentido literal; y, además de interpretación parcial –las de interés del intérprete-, muy arraigada en nuestros operadores jurídicos; lo que colisionaría con una interpretación teleológica, denominada también finalista –que se inspira en el fin perseguido- y la sistémica –conexión de un precepto con el complejo global del ordenamiento jurídico aplicable al caso concreto. En consecuencia, la decisión final –recurso de nulidad- podría depender de la inclinación interpretativa de los juzgadores.

La posición del voto dirimente en el laudo arbitral es muy consistente: coincide con el voto de mayoría al considerar excesiva la decisión del Estado ecuatoriano de declarar la caducidad del Contrato de Participación, admite la responsabilidad empresarial al inobservar las normas legales y contractuales al no obtener la autorización del Ministerio del Ramo para ceder parcialmente sus acciones; pero, disiente en el cálculo de los daños ocasionados: si OXY es titular únicamente del 60% de las acciones, como es posible que reciba el equivalente al 100% de la indemnización? Y, si la demandante está obligada a asumir los riesgos de su incumplimiento, es proporcionalmente aceptable solamente el equivalente al 25% o al menos en el 50% del valor calculado para la indemnización?

10 Conforme lo afirman Vladimir Soria y Yesenia Briones, en su ensayo: Los Tratados Bilaterales de Inversión Recíproca..., Op Cit., p. 34

11 Ver texto completo previsto en la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del lunes 20 de octubre de 2008.

Al concluir este breve ensayo académico, debo expresar que tengo sentimientos encontrados: de una parte como ecuatoriano anhelo ser parte de un país libre, que mantenga relaciones internacionales no solo respetuosas, sino justas y equilibradas y por supuesto no ser objeto de frecuentes sanciones indemnizatorias derivadas de laudos arbitrales o de otras decisiones jurisdiccionales; y de otra parte, como estudioso del Derecho, estoy conciente que las normas de derecho internacional adoptadas soberanamente por el Estado ecuatoriano, nos obligan a su debido cumplimiento -a menos que sean manifiestamente injustas- en cuya virtud las decisiones de los gobernantes no pueden basarse en razones políticas o ideológicas, sino en sólidos argumentos jurídicos y técnicos para hacerlas sostenibles en cualquier contexto.

Para que nuestro país sea exluido de la obligación de comparecer frecuentemente a defenderse en procesos arbitrales o judiciales planteados en su contra en instancias internacionales no es preciso apartarse de la comunidad internacional o desconocer las decisiones de ciertos órganos de justicia internacional, ni desconocer las decisiones soberanamente adquiridas por anteriores gobernantes; por el contrario, negociaciones internacionales inteligentes, abiertas pero cuidadosas del interés nacional; actuaciones respetuosas de los derechos de las personas físicas o jurídicas, nacionales del Ecuador y de otros Estados, solidez institucional en el marco del Estado constitucional de derechos y justicia nos vendría muy bien como país y como ciudadanos y nos alejaría de sanciones económicas adoptadas por órganos de justicia internacional de los que somos parte.

Pues al final, las decisiones gubernativas equivocadas generan efectos indemnizatorios económicos que deben ser cubiertas por todos los habitantes: ya con nuestros impuestos o con sacrificios colectivos derivados del menor desarrollo social y falta de acceso a bienes y servicios públicos o sociales de calidad. La amenaza en el caso OXY-Ecuador está latente.

7. Bibliografía:

Álvarez Ávila, Gabriela, Las características del Arbitraje del CIADI, Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Volumen II, 2002, Recuperado de: <file:///C:/Users/usuario/Downloads/16417-21149-1-PB.pdf>

Capítulo I, El Arbitraje Internacional, la Inmunidad Soberana y el Consentimiento Arbitral, Recuperado de: <http://repositorio.usfq.edu.ec/bitstream/23000/1214/1/101030.pdf>

Iturralde Hidalgo, Yuri Manuel, (2007). El Respeto de los Contratos Petroleros entre el Estado Ecuatoriano y las Compañías Internacionales, Universidad de las Américas, Quito, Recuperado de: <http://dspace.udla.edu.ec/bitstream/33000/156/3/UDLA-EC-TAB-2007-24.pdf>

Iuris Dictio, Revista del Colegio de Jurisprudencia de la Universidad San Francisco de Quito, enero 2007, No. 10, El caso OXY: 12 tesis equivocadas, Recuperada de: http://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/Documents/iurisdictio_010.pdf

Procuraduría General del Estado, Edición Especial, Ediecuatorial, Defensa Judicial de una decisión Soberana y el Derecho, Caso OXY vs Ecuador, 2006-2012, octubre 2012, Recuperado de www.oxybogpge.com.ec

Sánchez Mena, Hugo, (2005), El Arbitraje Comercial Internacional: Una perspectiva Latinoamericana y Ecuatoriana, Universidad Andina Simón Bolívar, Recuperado de: <http://repositorio.uasb.edu.ec/handle/10644/2446>

Soria Vladimir, Briones Yesenia, noviembre 2013, Volumen No. 5, Investigación, Tecnología e Investigación, Revista Científica de la de la Dirección de Investigaciones y Proyectos Académicos, Universidad de Guayaquil, Los Tratados Bilaterales de Inversión y su incidencia en la soberanía de las Naciones; Recuperado de: <http://revistadipa.ug.edu.ec/dipa/anterior/ediciones/RevistaDIPA2013.pdf#page=38>