

## UNCTAD's High-level IIA Conference, 9-11 October 2017

**Ms. Blanca Gómez de la Torre**, Director, International Affairs and Arbitration Unit, Attorney General Office, Ecuador

Break-out session 4

### “THE IMPLICATIONS OF DISENGAGING”

En el año 2008 el Ecuador tomó la decisión de iniciar el proceso de denuncia de los tratados vigentes hasta la fecha. Como primer paso interrumpió la ratificación de los tratados que habían sido acordados hasta la fecha por lo que no entraron en vigencia los tratados suscritos con Costa Rica y Rusia.

El 23 de octubre de 2008, Ecuador denunció 9 tratados suscritos con Rumania, Uruguay, República Dominicana, Paraguay, Nicaragua, Honduras, Guatemala, El Salvador y Cuba.

El 14 de junio de 2009, Ecuador denunció el Convenio CIADI, al tiempo que inició el proceso de denuncia de los restantes 17 tratados que aún continuaban vigentes, los que conforme a la Constitución vigente a la fecha debían ser examinados por la Corte Constitucional, para posteriormente ser sometidos para su autorización de denuncia por la Asamblea Nacional, y finalmente, concluir con el proceso de denuncia por parte del Ejecutivo.

La denuncia del tratado con Finlandia concluyó efectivamente en enero de 2011, quedando pendiente el trámite de los 16 tratados restantes.

El proceso de estos 16 tratados concluyó el 18 de mayo de 2017, con la comunicación por parte del Ministerio de Relaciones Exteriores a los países involucrados.

En este último bloque de tratados denunciados se encuentran los celebrados con:

Alemania, Francia, Gran Bretaña e Irlanda del Norte, Suecia, Chile, China, Países Bajos, Venezuela, Argentina, Bolivia, Canadá, España, Estados Unidos de América, Suiza, Italia y Perú.

Países con los que el Ecuador guarda un vínculo más estrecho tanto comercial como de inversiones.

Una vez realizada la denuncia el Ecuador se encuentra frente a tres disyuntivas:

1. La efectiva fecha de terminación de los tratados y su período de supervivencia.
2. La negociación de nuevos tratados y la protección de las inversiones en el lapso entre tratados.
3. La posible superposición de tratados.

En relación a la primera y en vista de las disímiles fechas de terminación de los tratados al momento de la denuncia, el Ecuador se encuentra al momento con tratados que a pesar de haber sido denunciados aún se encuentran en vigencia en espera de la fecha de su efectiva terminación, tal es el caso de aquellos celebrados con: España efectivo hasta el 18 de junio de 2022, Italia vigente hasta el 26 de mayo de 2020 y finalmente, Países Bajos efectivo hasta el 1 de julio de 2021, los restantes tratados terminan efectivamente un año después de su denuncia.

Por otro lado, debemos considerar que los propios tratados contemplaban cláusulas de supervivencia, que aseguran la protección a sus inversionistas por un plazo adicional al de la fecha de terminación del tratado que van desde los 5 hasta los 20 años, así por ejemplo a pesar de que el tratado con Gran Bretaña e Irlanda del Norte termina el 18 de mayo de 2018, su supervivencia se prolonga hasta el 18 de mayo de 2038.

Esta situación implica que la denuncia de los tratados plantea plazos adicionales y períodos de protección que deben ser tomados en cuenta al momento de plantearse su terminación efectiva.

En segundo lugar, si bien es cierto el Ecuador tomó la decisión de terminar los tratados que fueran suscritos en los 90, a efectos de mejorar la condición de aquellos. El Ecuador ha iniciado un proceso de construcción del nuevo formato de tratado, cuya negociación de por sí conlleva un desafío, ya que deberá superar los tiempos que involucra la elaboración y acuerdo de nuevos tratados, así como los términos de los mismos. Los países con quienes negocie no necesariamente estarán de acuerdo en los términos y condiciones planteados por el Ecuador y en muchos casos en función de la situación Geopolítica existe el riesgo de que se quiera imponer un solo criterio.

Que hacer entonces en el período que seguramente mediará entre la terminación del tratado y la entrada en vigencia, si es que se llegara a negociar del nuevo tratado. Ante ello, el Ecuador plantea la posibilidad de la suscripción de contratos de inversión en los términos contemplados en la ley nacional; tanto en el Código Orgánico de la Producción que permite la suscripción de aquellos dándole al inversor ventajas competitivas como exoneraciones tributarias y protecciones de inversiones a cambio de que el inversor asuma obligaciones tales como protección ambiental, transferencia de tecnología y know how entre otras, pudiendo pactar arbitraje internacional con el posible inversor. Asimismo, en relación a megaproyectos la legislación ecuatoriana contempla la posibilidad de dar al inversor protección especial en términos similares a la del Código Orgánico de la Producción a través de las llamadas Alianzas Público-Privadas.

Finalmente, se plantea por parte de los países interesados en renegociar nuevos tratados, la posible superposición de vigencias de tratados o de supervivencia de los mismos. Punto que en su momento deberá ser contemplada en el texto de los nuevos tratados a efectos de evitar vigencia simultánea de dos tipos de protección.

## **UNCTAD's High-level IIA Conference, 9-11 October 2017**

**Ms. Blanca Gómez de la Torre**, Director, International Affairs and Arbitration Unit,  
Attorney General Office, Ecuador

Break-out session VI

### **IMPROVING DISPUTE SETTLEMENT**

Ecuador sees with sympathy proposals of dispute settlement which may ensure the consistency of the system and the impartiality of it. We are critics of the inequity of the actual system of dispute settlement.

On the first hand, the system can only be activated by investors, so it gives them a better position as their natural clients, because they are the ones who choose when and how they initiate a dispute.

In relation to Arbitrators designation, there are voices even in the system itself that encourage a change in the way arbitrators are designated. The critics about come from different points of view. First of all, as the designation comes from the parties, it is hard to ensure a total impartiality, especially if you consider that there are arbitrators constantly nominated by investors and others by states. There must be an alternative that assure an impartial designation. Second, there is a mix between arbitrators and lawyers, in most of the cases lawyers are at the same time arbitrators in other claims, and specialized themselves in arguments which are used by them either as lawyers, arbitrators or experts.

The cost of arbitration is another issue to be consider, even if the arbitration costs may be under supervision and control from the arbitration administrative institute (PCA or ICSID) the cost of lawyers is especially burdensome for the states, especially when they are faced with very powerful corporations wich exceed on profits substancially the incomes of the states, so they can afford more and most expensive lawyers. It is very hard for states to justify to its citizens the amounts of money expend on defending THEMSELVES when there are a lot of needs from THEIR population regarding health, education and basic needs.

In relation to inconsistency, we must consider that actually what Arbitration Tribunals do is to interpretate different BIT's, even though there are occasionS when with the same BIT the interpretations done by different tribunals are dissimilar. So it is necessary to have some kind of security on how these TribunalS will solve the disputes brought before them, one way could be to implement a mechanism of appeal OR may it be a Court of Investment as the EU propose. On the other hand, is positive for the system to ensure that whoever decides the dispute WILL NOT BE ABLE TO PLAY God, and has somebody who can judge its decisions and if they are wrong, not sufficiently motivated or arbitrary to change them.

Yesterday we heard from the European Commision the consideration of investment claims to be about public law, and that is absolutely true, it is DIFFICULT for Commercial arbitrators who are frequently in charge of resolving an investor-STATE dispute to understand the point of view of the states regarding public policy or protection of its citizens. So usually decisions don't give those facts the real weight they have.

Why do investors are the only ones entitled to bring claims to the dispute settlement solution? If we draft BIT's giving obligations to the investors why not give the states the opportunity to file claims against them if they fail to fulfill their compromises.

And lastly, let me share with you the experience as an State that sometimes wins the arbitrations, as the investor was condemned to costs the state try to recover them. But the hide within a new corporation which jeopardize the state effort to recover it. So it generarates a question to me the states cannot hide and avoid their responsibilities before the investors, but the investors can.