

Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales sobre la inversión privada extranjera en el Ecuador*

*Gustavo Guerra Bello***

RESUMEN

El presente artículo presenta un análisis del régimen vigente en materia de la inversión privada extranjera, partiendo de las disposiciones pertinentes incorporadas en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (dic. 2010), cotejando las mismas frente a los preceptos establecidos por la Constitución de la República del Ecuador relativos al sistema económico y otros ámbitos pertinentes.

La evaluación se complementa contrastando las disposiciones legales de reciente vigencia, a los criterios de consistencia de los correspondientes lineamientos del esquema de planificación gubernamental y a varios principios del sistema de reglas internacionales sobre la inversión.

Se aportan, finalmente, conclusiones sobre probables líneas de ajuste normativo futuras, resultantes de dicho proceso de comparación analítica.

PALABRAS CLAVE: Constitución, Régimen de Inversiones, Código de la Producción, Inversión Extranjera.

SUMMARY

The aim of this article is to provide an analysis of the current regime on foreign private investment in Ecuador, based on the relevant provisions incorporated in the Organic Code of Production, Trade and Investment (December 2010), and then comparing this provisions with the principles established in the Ecuadorian Constitution that govern the economic system and related areas. In addition, the assessment will compare the effect of recent legislation with the criteria of consistency contained in the guidelines of government planning and several principles contained on the international system of investment. Finally, the present work will provide remarks about future regulatory adjustments that shall be considered in this field.

KEY WORDS: Ecuadorian Constitution, investment regime, Production Code, Foreign Investments.

FORO

* El presente artículo se basa en los resultados de la investigación realizada por el autor a finales del año 2010, patrocinada por el Comité de Investigaciones de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, cuyo reporte final se intitulaba “Retos jurídicos para el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales relativos a la inversión privada extranjera: regular su rol complementario en el nuevo modelo económico”.

** Abogado en libre ejercicio, asesor público y privado. Negociador Internacional en materias de inversiones y de servicios. Docente contratado de la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, y otros centros de educación superior.

INTRODUCCIÓN

El propósito del presente ensayo será dilucidar algunos de los principales aspectos conceptuales y jurídicos que subyacen la labor legislativa de producción normativa para el desarrollo de los principios y disposiciones constitucionales en el plano económico que orientan el tratamiento a la inversión extranjera. Aspiramos a efectuar una adecuada referencia a las aportaciones correspondientes de la doctrina del Derecho constitucional económico y de una reciente disciplina que podríamos denominar “Derecho de las Inversiones”, junto con las previsiones de la propia Constitución de la República que constituirían lineamientos ineludibles para el emprendimiento del referido proceso normativo.

Las ideas y comentarios que siguen constituyen un intento de delinear conceptualmente y otorgar plausibilidad a las características que una norma de carácter legal pudo haber considerado en relación con la regulación de las inversiones en el Ecuador, para desarrollar los preceptos constitucionales atinentes vigentes desde el año 2008. Con tal perspectiva, el itinerario propuesto procurará, en primer lugar, explicitar los criterios concernientes a los elementos de orden económico de la Constitución ecuatoriana, desde los cuales es posible efectuar una sistematización de los principios relativos al ámbito de las inversiones. Partimos del supuesto de que la concepción y formación de leyes de índole económica deben considerar aspectos meta-jurídicos y otros de relevancia internacional que se han asumido como estándares cuasi-universales; argumentaremos en función de dicha hipótesis e intentaremos caracterizarlo partiendo de herramientas generales proporcionadas por el análisis económico del derecho.

En una segunda parte expondremos lo que a nuestro juicio podrían esbozarse como los hitos esenciales de la evolución normativa en materia de inversiones en el Ecuador y cómo ciertos aspectos exógenos al entorno nacional exigen conciliar en una propuesta normativa, los preceptos constitucionales a ser analizados y esos factores complementarios, con miras a definir el objetivo público correlativo que equilibre puntos óptimos sobre tales imperativos. Basados en tal evaluación, argüiremos finalmente en función de los principales elementos que pudieran haber sido incorporados en el proyecto de reforma legal, contemplando tanto las características ideales en el plano sustantivo como a nivel institucional y procedimental del régimen de inversiones, y que a su vez responda a los objetivos y condicionantes revisados.

Como resultado final de este ensayo se espera presentar los principales hallazgos y conclusiones del trabajo desarrollado bajo la referida metodología, particularmente identificando los lineamientos prioritarios que pudieron ser considerados en la

labor de los asambleístas y otros interlocutores públicos y privados en la expedición de la iniciativa normativa legal relacionada con la regulación de la inversión privada en el Ecuador.

CONSTITUCIÓN ECONÓMICA Y LINEAMIENTOS PARA DESARROLLO NORMATIVO

La Constitución del Ecuador, expedida en el año 2008 luego de un proceso constituyente, determina cambios profundos en la concepción del modelo económico del Estado ecuatoriano, junto con otros relativos a esferas tales como la organización estatal, el régimen de derechos civiles y otros, todos estos orientados por una nueva noción de bienestar (“Buen Vivir”) que gira alrededor de conceptos readecuados de una nueva visión de desarrollo, tales como la inclusión social, la equidad, la participación ciudadana, entre otras políticas sociales para buscar más distribución equitativa y promoción de las condiciones de vida de sus habitantes, que destacar un rol activo de la responsabilidad estatal de propiciar las condiciones necesarias para su alcance.

Partiendo desde la doctrina, los principios fundamentales del ordenamiento jurídico en el ámbito económico de una Constitución Política suelen ser catalogados como los preceptos que conforman la denominada “Constitución Económica” u “Orden Público Económico”. Bajo tal denominación, se engloban las disposiciones esenciales que consagran la normativa jurídica fundamental del Estado en las relaciones que vinculan a los órganos públicos y a su vez el funcionamiento institucional de las entidades estatales competentes en dicho ámbito.¹ De forma sucinta, Bidart Campos, la conceptúa como el conjunto de normas, principios y valores que, una vez incorporados a la Constitución formal, guardan relación con la economía y son aplicables a la actividad y a las relaciones económico-financieras.²

En el caso de la Norma Fundamental del Estado Ecuatoriano, como otra de las directrices imperantes que están consagradas, se destaca la noción de una economía centralmente planificada que prepondera el rol del Estado no solo en la regulación, promoción y control del orden económico sino incluso con la instauración de competencias de operación directa y estratégica de ciertos sectores y actividades. Como uno de los puntales en la ejecución de este propósito se destaca la creación de la Secretaría

1. Gérard Farjat, *Derecho Económico*, París, Edit. Presses Universitaires de France/Themis Droit, 1971, define Orden Público Económico como: “el conjunto de medidas adoptadas por la autoridad con el fin de organizar la actividad y las relaciones económicas”.

2. Germán Bidart Campos, “La Constitución Económica (Un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 6, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, 2002.

Nacional de Planificación y Desarrollo (Senplades), que es responsable de la supervisión del Plan Nacional del Buen Vivir, y llamada por tanto, a intervenir en toda acción gubernamental que tenga incidencia en el cumplimiento de dicho plan.

Aunque no es el objetivo de este ensayo el cuestionar el mayor o menor grado de intervención en la economía que marca el nuevo texto constitucional, debe al menos considerarse una marcada diferencia con las disposiciones que pudieron verificarse en sus predecesores a las que podrían ubicarse en el tiempo como consecuentes y promotoras de una limitación de corte liberal al rol del Estado en la economía ecuatoriana.³

El régimen constitucional vigente en el plano económico se sustenta en varios pilares estructurales característicos que determinan el nivel de intervención, oscilando entre lo que podría apreciarse como un dirigismo fiscal y la promoción de un sistema productivo solidario. En ambos planos que se desprenden de la propia nueva concepción estatal, se aprecian limitaciones de orden objetivo que de hecho estaban presentes en versiones anteriores de la Carta Fundamental⁴ a las que se sumarían otras con una noción más bien subjetiva sobre condiciones o modalidades del ejercicio de derechos económicos de particulares, tales como la prelación del Buen Vivir o Sumak Kawsay, cuyo alcance si bien puede ser entendible como la caracterización de un nuevo paradigma socio-político, podría tener un mayor grado de complejidad en su concepción económica, que derivaría al menos desde una perspectiva macro-en el entendido de que los intereses generales del colectivo social prevalecerían efectivamente sobre las prerrogativas o expectativas de los individuos en lo que al ejercicio de actividades de orden económico se refiere, lo que se puede apreciar de modo expreso en la consagración de una de las libertades: “El derecho a desarrollar actividades económicas, en forma individual o colectiva, conforme a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental”.⁵

La dogmática constitucional occidental reconoce como uno de los preceptos principales de la interacción entre el Estado y la Sociedad, el principio de razonabilidad o proporcionalidad de la limitación de los derechos fundamentales que, particularmente en el área legislativa, exigiría que responda al cumplimiento de un fin constitucionalmente legítimo y de forma adecuada y equilibrada; esto es si la tutela de determinado interés público amerita imponer un medio de asegurar su efectividad, restringiendo para tal propósito el ejercicio de derechos individuales o colectivos.⁶

-
3. Al respecto, la consagración del régimen de una economía social de mercado incluía varios conceptos, a mi entender, de por sí contradictorios.
 4. Por ejemplo, restricciones sobre propiedad de extranjeros en zonas de seguridad, prelación de rol público en sectores estratégicos, entre otras.
 5. Incluido en el Capítulo VI, art. 66, No. 15 “Derechos de Libertad”. En el numeral 26 del mismo artículo se extienden las condiciones de “función y responsabilidad social y ambiental” para el Derecho a la propiedad.
 6. Rubén Sánchez Gil, *El principio de proporcionalidad*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas Universidad Nacional Autónoma de México, 2007, p. 38.

Establecido lo anterior, una cuestión preliminar a dilucidarse es qué elementos deben tomarse en consideración para el desarrollo legislativo de las disposiciones constitucionales que someten a los principios de solidaridad, responsabilidad social y ambiental, el ejercicio del desarrollo de actividades económicas, por una parte, y las condicionantes introducidas para la orientación de la inversión nacional y extranjera que se estudiarán más adelante. Para tal efecto, es preciso anotar que la tarea de creación legislativa debe tender, por principio, a regular la adecuada implementación de instituciones, principios, prerrogativas y otras figuras de índole constitucional, bajo el resguardo de que no debe afectar ilegítimamente derechos a su vez establecidos por la norma fundamental, ni a pretexto de pretender satisfacer un interés social o general.

No obstante, una apreciación somera nos permite aseverar que la realización de ambas prerrogativas: la privada, de desarrollar actividades económicas individuales y colectivas, y la estatal, de someter las determinadas modalidades, no son incompatibles entre sí, por lo que el margen para un adecuado y necesario desarrollo normativo, condescendiente con los principios analizados, es lo suficientemente amplio y, por tanto, el reto jurídico evidenciado se vislumbra expedito, al menos en cuanto a sus condiciones materiales preliminares.

El contexto regional para este análisis considera tres fases relativamente recientes y claramente diferenciadas: partiendo de sistemas cerrados y protectivos, con una fuerte intervención estatal se “evolucionó” hacia un período en el que se promovió la desregulación inicial de distintos mercados y sectores (financieros, valores, servicios públicos y otros) que a su vez generó una serie de problemas⁷ relacionados con la acumulación y concentración monopólica del capital y el consecuente agravamiento de las condiciones de desigualdad en el acceso a los factores productivos, debilidad institucional y carencia de supervisión y controles sobre la actividad privada en sectores estratégicos; con el tiempo, los gobiernos se vieron –en una fase consecuente– obligados a regular, modificar y reforzar las leyes y las instituciones, pero que fueron en muchos casos rechazadas por el sector privado cuyo comportamiento aún no ha sido plenamente definido y se han ido adaptando a los cambios en una variedad de formas.⁸

7. Alberto Acosta y Fander Falconí, “Otra Política económica, deseable y posible”, en *Asedios a lo Imposible: propuestas económicas en construcción*, Quito, ILDES-FES, 2005, pp. 29-33.

8. Graciela Moguillansky y Ricardo Bieloschowsky, *Investment and Economic Reform in Latin America*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000. “Las empresas se adaptaron a estos cambios en la medida en que pudieron dependiendo de su fuerza y sus otras características microeconómicas. Era mucho más difícil para las pequeñas y medianas empresas responder a la competencia de bienes importados en términos de calidad y precios de lo que era para las grandes empresas o filiales de las empresas transnacionales. Las reacciones también se diferenciaban entre sectores económicos. En algunos países, la apertura de la economía fortaleció sectores que estuvieron involu-

Bajo tales circunstancias y retomando la experiencia ecuatoriana, la concepción del mercado orden de intervención estatal en la economía ecuatoriana parte de un fin mayúsculo relacionado con la instauración de un Régimen de Desarrollo⁹ que configura al ente estatal en el promotor del Buen Vivir, que se vale de sistemas e instrumentos de planificación para alcanzar objetivos expresos: art. 276, No. 2. “Construir un sistema económico, justo, democrático, productivo, solidario y sostenible basado en la distribución igualitaria de los beneficios del desarrollo, de los medios de producción y en la generación de trabajo digno y estable”.

Definido dicho objetivo en el plano económico, se determinan como deberes del Estado en dicho marco: art. 277, No. 6. “Impulsar el desarrollo de las actividades económicas mediante un orden jurídico e instituciones políticas que las promuevan, fomenten y defiendan mediante el cumplimiento de la Constitución y la ley”.

Marcado el carácter instrumental del ordenamiento jurídico como uno de los puntales para impulsar el desarrollo de las actividades económicas, queda justificada la labor subsiguiente que corresponde al Estado, a través de los órganos y procedimientos constitucionales apropiados, de elaborar y expedir el marco normativo propicio que acate tales criterios.¹⁰

Al respecto, y bajo la consideración de que el sistema económico comprende una serie vasta de elementos, relaciones y reglas, el espectro de intervención es a su vez complejo, siendo determinante catalogar a cuáles corresponderían los ámbitos de aplicación regulatoria:

1. Institucionalidad de la regulación, control y supervisión
2. Estructura y organización de los medios de la producción
3. Regulación de los procesos económicos
4. Resguardo de la calidad de vida económica de los habitantes

De forma complementaria y regida bajo el mismo principio que incide en la configuración de la estructura económica de los ámbitos que han sido redelineados con

crados en el procesamiento de los recursos naturales, mientras que en otros es partidaria de los sectores de la electrónica y prendas de vestir, automotriz. Las empresas con una larga historia en estas industrias aprovechaban de su conocimiento de los procesos de producción y el mercado, que les ha permitido crecer y aumentar la rentabilidad.”

9. Art. 275 de la Constitución del Ecuador.

10. La amplitud de tales criterios se extiende en la concepción del sistema económico propugnado por la Constitución de Ecuador, que en su art. 283, determina: “El sistema económico es social y solidario; reconoce al ser humano como sujeto y fin; propende a una relación dinámica y equilibrada entre sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza; y tiene por objetivo garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir... El sistema económico se integrará por las formas de organización económica pública, privada, mixta, popular y solidaria, y las demás que la Constitución determine. La economía popular y solidaria se regulará de acuerdo con la ley e incluirá a los sectores cooperativistas, asociativos y comunitarios”.

las nuevas disposiciones constitucionales relacionadas con el rol previsto tanto para la inversión pública como la privada en el nuevo modelo, que contiene varios preceptos que tienen marcadas diferencias con los incorporados en la Constitución anterior,¹¹ y que en particular, como lo apreciamos a continuación, afectan el principio de igualdad de tratamiento en función del origen de la inversión:

Art. 339. El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

La inversión pública se dirigirá a cumplir los objetivos del régimen de desarrollo que la Constitución consagra, y se enmarcará en los planes de desarrollo nacional y locales, y en los correspondientes planes de inversión.

En las discusiones y consideraciones realizadas por los asambleístas constituyentes durante el proceso de aprobación de las normas que están previstas en la Sección Sexta “Ahorro e Inversión” del Capítulo VI “Trabajo y Producción” del Título VI correspondiente al “Régimen de Desarrollo”, se aportaron argumentos motivados en la aparente necesidad de confrontar las políticas neoliberales imperantes que habiendo influido en el desarrollo de la regulación vigente, la cual –en criterio de varios asambleístas– “propiciaban mercados desregulados, apertura total al capital extranjero, esquemas privatizadores, entre otras, que se habían percibido como nefastas por su grave afectación social en cuanto a su limitación para distribuir la riqueza del país y asignar adecuadamente recursos de la inversión fuera de sectores primario extractivos o proclives a concentración en regiones principales”.¹²

Adicionalmente, varias normas constitucionales promueven la inversión privada en la economía, garantizando la ya citada libertad de las empresas (derecho a desarrollar actividades económicas, libertad de contratación, libertad de trabajo, art. 66 numerales 15, 16 y 17) y comprometen al Estado a estimular la producción nacional, la competitividad y la productividad (art. 284). Por otra parte, nuestro régimen cons-

11. Se anexa al final de este ensayo un sumario de las disposiciones relativas directa o indirectamente al tratamiento constitucional de la inversión, previstos en la Norma Fundamental expedida el 10 de agosto de 1998.

12. Asamblea Nacional Constituyente. Informe de discusión respecto a los proyectos de normas constitucionales, preparado por la Comisión Sexta durante la labor constituyente. Montecristi, julio de 2008.

titucional, reconoce la propiedad privada (art. 321) y garantiza el cumplimiento y respeto de los derechos e intereses de las personas (art. 75); de igual manera, en su art. 82 la Constitución garantiza el derecho a la seguridad jurídica fundamentando la existencia de normas jurídicas previas, claras públicas y aplicadas por las autoridades competentes.

En cuanto a las restricciones previstas, de acuerdo a la Constitución, en su art. 313 y siguientes, el Estado tiene decisión y control exclusivo sobre los sectores estratégicos como las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, transporte y refinación de hidrocarburos, biodiversidad, patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua. En el caso de servicios públicos como provisión de agua potable, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad e infraestructura portuaria y aeroportuaria, es el Estado el responsable de la provisión de estos. En relación con el art. 316, el Estado puede delegar la participación en sectores estratégicos y de servicio público a empresas mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria y de manera excepcional puede delegar al sector privado, que por no excluirlo expresamente, podría también incluir a delegatarios extranjeros.

Por otra parte, y apartándonos brevemente de la perspectiva jurídica, es preciso tomar en cuenta que varias de las disposiciones constitucionales, expedidas por la Asamblea Constituyente, integrada por una mayoría oficialista, se inspiraron en los lineamientos del Plan Nacional de Desarrollo del Ecuador 2007-2010, que en cuanto a los ejes de la Revolución Económica y Productiva establece claras directrices sobre el rol de la inversión en la economía nacional, encuadradas en las estrategias para el incremento de la productividad y la competitividad, como factores para el desarrollo interno, la inclusión social y la competitividad: “Facilitar la inversión productiva mediante la democratización de las relaciones de propiedad y producción y un sistema financiero empleado para la asignación de recursos económicos desde sectores con capacidad de ahorro hacia sectores que lo demanden, en condiciones igualitarias y competitivas”.¹³

En cuanto a las políticas incorporadas para la consecución del Objetivo 11 del mismo Plan, “Establecer un sistema económico solidario y sostenible”, se destaca aquella relacionada con: “Inversión extranjera directa selectiva, para potenciar producción y productividad de sectores estratégicos y en los que se requiere innovación tecnológica para proyectos de muy largo plazo”.¹⁴

13. SENPLADES, Resumen Ejecutivo del Plan Nacional de Desarrollo, 2008, p. 18.

14. *Ibid.*, p. 34. En el texto completo del Plan Nacional de Desarrollo, incorporan los siguientes enunciados sobre la inversión extranjera: “Los flujos financieros internacionales y la banca extranjera también se entienden subordinados a la estrategia de desarrollo y a la política comercial y son instrumentos para acelerar el desarro-

Al valorar si bajo los lineamientos expuestos, el nuevo orden constitucional que rige el ejercicio de las actividades económicas privadas, y en particular, el rol de la inversión en la economía, han sido acogidos, se apreciaría que el resultado fue regulatoriamente más restrictivo que el previsto. En una revisión de la normativa comparada sobre las disposiciones de rango constitucional que rigen de forma directa o indirecta el ámbito de las inversiones, en promedio, otorgan un grado de cobertura amplio a la regulación de los principales tratamientos o estándares internacionales, como los que sobre la materia han recogido otras constituciones, particularmente latinoamericanas.¹⁵

LA REGULACIÓN DE LA INVERSIÓN EN ECUADOR: ANTECEDENTES Y PERSPECTIVAS

Con el fin de evaluar una línea legislativa histórica, que nos servirá de base para retomar y profundizar en este análisis, pasaremos a continuación a hacer una reseña de la normativa en materia de inversiones vigentes en el Ecuador.

Junto con las prerrogativas, responsabilidades y limitaciones que la Constitución Política de la República de 1998 contenía en relación con el ámbito de la inversión, es preciso considerar que, de forma complementaria, rige en el Ecuador¹⁶ la normativa de orden legal que lo regula, y se destaca primeramente que en el año 1997 se expidieron los dos cuerpos legales principales que prefiguraron los aspectos institucionales y sustantivos en la materia en análisis.

En junio de 1997 se expidió la Ley de Comercio Exterior e Inversiones (LEXI),¹⁷ cuyos aportes principales correspondieron a¹⁸ la instauración de un marco legal e institucional apropiado para hacer efectiva la consideración del comercio exterior como

llo productivo. Se promueve el ingreso de capitales cuando se los destina a la inversión y al financiamiento de iniciativas productivas de largo plazo... La inversión extranjera directa es alentada como canal de transferencia de tecnología y conocimiento en sectores clave y se la promueve por medio de la política comercial, como soporte para la innovación doméstica...”.

15. Tal y como lo enuncia el art. 63 de la Constitución Política de Perú, “La inversión nacional y la extranjera se sujetan a las mismas condiciones” y la Constitución de la República Bolivariana de Venezuela, art. 301 “El Estado se reserva el uso de la política comercial para defender las actividades económicas de las empresas nacionales públicas y privadas. No se podrá otorgar a empresas y organismos o personas extranjeros regímenes más beneficiosos que los establecidos para los nacionales. La inversión extranjera está sujeta a las mismas condiciones que la inversión nacional”.
16. Al momento de culminación de la primera versión de este ensayo (octubre de 2010).
17. Ley No. 12. Suplemento del Registro Oficial 82 de 9 de junio de 1997.
18. Enmarcados en el objetivo de establecer políticas dirigidas a: art. 3 “h) Promover mediante estímulos e incentivos la inversión directa, nacional y extranjera, los procesos de integración y los acuerdos comerciales bilaterales y multilaterales que amplíen la inversión y faciliten las transacciones externas del país”.

prioridad nacional y en especial al fomento de las exportaciones e inversiones. En el objeto y ámbito de la ley, se definían las siguientes finalidades:

- Normar y promover el comercio exterior, tanto de exportación como de importación.
- Fomentar la inversión directa nacional y extranjera.
- Impulsar los procesos de integración económica.
- Propiciar el uso eficiente de los recursos productivos¹⁹ del país y propender a su desarrollo sostenible.

En cuanto a los principios básicos relativos a la inversión, se consideraron los siguientes:

- Impulsar la internacionalización de la economía ecuatoriana para lograr un ritmo creciente y sostenido de desarrollo.
- Impulsar el fortalecimiento y desarrollo de los mecanismos de fomento de las exportaciones e inversiones.
- Fomentar la inversión directa, nacional y extranjera.
- Garantizar la adecuada coherencia entre las políticas de comercio exterior y las políticas fiscal, arancelaria, monetaria, crediticia, cambiaria y de desarrollo.
- Fortalecer la vinculación entre sectores público y privado para ejecutar en conjunto la estrategia de impulso del comercio exterior.

Por otra parte, se puede también considerar como hito significativo la expedición de la Ley de Promoción y Garantía de las Inversiones (LPGI).²⁰ Las principales regulaciones que se atienden:

- Se declara como prioridad nacional la inversión en los sectores productivos y de servicios.
- Las inversiones extranjeras podrán efectuarse en todos los sectores de la economía, sin restricción alguna y sin autorización previa de un organismo del Estado, salvo aquellos relacionados con las áreas estratégicas del Estado.
- Toda inversión extranjera debe ser registrada en el Banco Central del Ecuador.

Con la finalidad de coordinar adecuadamente el uso de los recursos destinados para la promoción de las inversiones y atracción de la inversión extranjera, se con-

19. La Ley excluye expresamente las exportaciones de hidrocarburos que realiza el Estado ecuatoriano y que continúan sujetas a su propio ordenamiento legal que las regula.

20. Con fecha 2 de diciembre de 1997, se expidió la Ley 46, la misma que se encuentra publicada en el Registro Oficial No. 219, de 19 de diciembre de 1997.

forma en la LGPI el *Sistema Nacional de Promoción de Inversiones*, entonces integrado por los siguientes organismos:

- a) El Consejo de Comercio Exterior e Inversiones (COMEXI) al cual le corresponde la formulación de las políticas para la promoción de inversiones.
- b) El entonces Ministerio de Comercio, Industrias y Pesca (MICIP)²¹ como organismo encargado de velar por la ejecución de las políticas en materia de inversiones.

El nivel de ejecución de este sistema estuvo conformado por:

- c) El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración²²
- d) La Corporación Financiera Nacional
- e) Las Cámaras de la Producción
- f) Las Comisiones Provinciales de Promoción de Exportaciones e Inversiones
- g) Las entidades públicas o privadas, que desarrollen actividades de identificación, financiamiento y ejecución de proyectos relacionados con la promoción de inversiones.

A este nivel pertenece la Corporación para la Promoción de Exportaciones e Inversiones CORPEI, como organismo técnico especializado de carácter mixto, que fue creado por la LEXI para asumir las competencias promocionales del ámbito comercial externo y de atracción de inversiones.

Más allá del espectro institucional, la expedición de las referidas leyes –vigentes hasta diciembre del año 2010,²³ configuró, junto con las disposiciones constitucionales expedidas en la Constitución de 1998, el régimen ecuatoriano en materia de inversiones, constituyendo uno de sus pilares, el establecimiento de las regulaciones necesarias para que la inversión nacional y extranjera se desarrolle con un amplio margen libertad y al amparo de garantías, conforme se lo analizó, relativas a la igualdad (trato nacional) en la admisión, establecimiento y desempeño de inversiones en un amplio número de sectores,²⁴ las que se complementan con otras varias de naturaleza administrativa y financiera:

21. Actualmente denominado Ministerio de Industrias y Productividad (MIPRO). Cabe destacar que en el mes de enero de 2007, mediante Decreto Ejecutivo se reasignaron competencias entre entidades ministeriales, transfiriéndose las relacionadas con el comercio exterior al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración.

22. Conforme su denominación actual.

23. Las referidas leyes fueron derogadas por la Disposiciones Derogatorias J) y K) ordenadas por el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

24. Exceptuándose los sectores vinculados con las áreas estratégicas del Estado.

- Libre transferencia al exterior, en divisas, de las utilidades que haya generado la inversión.
- Libre remisión de recursos obtenidos por la venta de acciones, participaciones o derechos adquiridos en razón de la inversión efectuada, previo pago de los impuestos correspondientes.
- Aprovechamiento de las ventajas derivadas del Programa de Liberación de la Comunidad Andina, así como de las preferencias arancelarias otorgadas por terceros países al Ecuador, para los productos que cumplan con las normas especiales o requisitos específicos de origen.
- Libre acceso a los mecanismos de promoción, asistencia técnica, cooperación y similares en las mismas condiciones previstas para las empresas nacionales.
- Estabilidad tributaria, entendida como el mantenimiento por un período determinado de la tarifa aplicable del impuesto a la renta vigente al momento de efectuarse la inversión.
- Los inversionistas extranjeros podrán someter las controversias que se suscitaren en el desarrollo de sus negocios a tribunales arbitrales constituidos en virtud de tratados internacionales de los cuales sea parte el Ecuador o a los establecidos por los convenios bilaterales de protección de inversiones suscritos y ratificados por el país.

Con las disposiciones que instauran el régimen de inversiones, que contó con un elemento adicional, se preveía la posibilidad de que los inversionistas suscriban con el Estado contratos de inversión, en los que se incorporan cláusulas que recogen el tratamiento otorgado al inversionista en el ámbito de la mencionada ley y su reglamento, así como el plazo de duración de la inversión, su destino y las garantías a la inversión que, de acuerdo a la ley, se otorgarán al contratista, fomentando que los inversionistas aseguren que la situación jurídica prevista para el inicio de uno o varios proyectos de inversión no sea modificada por leyes u otras disposiciones de cualquier índole, así como para asegurar la estabilidad del régimen impositivo aplicable a su inversión.

No obstante, luego de más de 13 años de instauración del mencionado Sistema, y sin referirse a condiciones de orden económico o financiero, que podrían atribuirse principalmente a condiciones exógenas o la situación macroeconómica del país, se suele criticar la real eficacia de la estructura previamente estatuida y del funcionamiento individual y colectivo de dicha institucionalidad, que derivaron en falencias que pueden explicar –en buena medida– una gestión pública deficiente sobre las inversiones:²⁵

25. MIPRO, “Análisis dinámico del marco normativo de las inversiones: perspectivas para su fortalecimiento y reorientación”. Investigación a cargo del autor y desarrollada en el año 2007.

- Limitada capacidad gubernamental para la difusión de oportunidades y la atracción de inversiones.
- Carencia de institucionalidad para la gestión armónica y coordinada de dichas competencias.
- Deficiente interacción entre las iniciativas productivas privadas y la gestión pública de las políticas de producción.
- Deficientes resultados de la labor de la red externa de CORPEI en cuanto a promoción de inversiones.²⁶
- Dificultades de acceso a recursos financieros para preinversión y reducido número de instituciones que pueden proveerlo.

Finalmente, si bien culminado el plazo previsto para la implementación de un Plan Nacional de Inversiones (2001-2010) que había sido elevado al rango de Política de Estado,²⁷ el nivel de inversiones recibidas en dicho período y el desempeño de los inversionistas extranjeros con presencia productiva en el Ecuador no fue plenamente satisfactorio y, evidentemente, no alcanzaron medianamente las expectativas que se habían previsto para la promulgación de las referidas leyes y la conformación organizacional público-privada destinada a impulsar los fines que en dicho Plan se habían trazado.

Estos antecedentes, entre otros que pudieron haber sido considerados para redefinir el tratamiento jurídico a las inversiones, en particular a las extranjeras, influyeron decididamente en la consideración de la necesidad de un cambio profundo en todos los niveles regulatorios, partiendo de un ordenamiento marco a nivel constitucional y reconfigurar la política general del Estado correspondiente, entendiendo que las reformas propugnadas se dirigen a la definición de un sólido marco jurídico con reglas claras al inversionista, a asegurar la capacidad soberana de gestión y promoción de las inversiones y la posterior coordinación efectiva de las entidades públicas vinculadas en dicha temática.

Dicha visión y la decisión gubernamental de llevarla a la práctica de modo inmediato, también ha involucrado acciones en el plano externo, que han sido controvertidas por la comunidad internacional y el sector privado, partiendo de eventos tales como la denuncia de varios convenios internacionales para la promoción y protección de inversiones,²⁸ el retiro del mecanismo del Centro Internacional para Arreglo

26. En el año 2009 fue sustituida por una red de Oficinas Comerciales con personal especializado a cargo del propio Ministerio de Relaciones Exteriores, actualmente a cargo de PROECUADOR.

27. Decreto Ejecutivo No.3374 (R.O. 718 de 4 diciembre de 2002).

28. En cumplimiento de instrucciones gubernamentales, la Cancillería ecuatoriana notificó por la vía diplomática, en enero de 2008, la denuncia de nueve de los 25 APPRI hasta entonces vigentes para Ecuador, con aquellos

de Disputas de Inversión (CIADI) del Banco Mundial²⁹ y ciertas declaraciones sobre el derecho de patentes internacionales farmacológicas, entre otras.

Por otra parte, en alocuciones públicas y ciertos documentos oficiales, el gobierno ha indicado que, de la mano con los cambios regulatorios previstos, ha advertido dirigir sus esfuerzos programáticos hacia atraer inversiones privadas para actividades productivas, pero con el requerimiento de que estas deben cumplir con el respeto a los denominados “pilares éticos”: 1. respecto a los trabajadores, 2. respecto a los derechos del consumidor, 3. frente a las obligaciones con el Estado (impuestos) y 4. con responsabilidad por el ambiente.

La intencionalidad mostrada en varias alocuciones públicas de funcionarios de alto rango gubernamental y en algunos documentos oficiales, atenta al nivel de sensibilidad de las decisiones de inversionistas sobre el destino o permanencia de su capital en el Ecuador, las acciones asumidas en el transcurso de los últimos dos años pueden ser consideradas contradictorias a dichas expectativas, y que, a nuestro entender, se verán relegadas mientras el marco regulatorio no sea del todo adecuado, se especulará respecto a las exigencias, derechos y deberes de inversionistas y características y tipos de inversión que el Estado piensa permitir, promocionar o restringir.

Bajo tales antecedentes, se vuelve imponderable el reasumir el estudio de las condiciones propicias en las cuales dicho marco normativo legal debe procurar equilibrar tanto los lineamientos constitucionales como los esquemas de planeación gubernamental, la superación de las antes mencionadas trabas y deficiencias administrativas y estructurales en la promoción de las actividades económicas privadas para incidir en su contribución al desarrollo nacional.

países con los cuales no se habían registrado inversiones recíprocas desde su suscripción, previéndose en esa lista a: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana, Rumania y Uruguay.

En una segunda etapa, se remitieron para la valoración del grado de consonancia constitucional el resto de dichos acuerdos a la Corte Constitucional para obtener un criterio que permitiera decidir sobre su futuro, el cual indicó que ante la previsión de cláusulas que sometían a tribunales internacionales las eventuales controversias con inversionistas amparados por dichos tratados, estos carecían de tal subordinación fundamental.

En el mes de enero de 2010, la Asamblea Nacional inició el conocimiento de la solicitud de la Presidencia de la República en torno a la denuncia del resto de acuerdos internacionales en materia de inversión, proceso que está derivando en la denuncia total y sistemática de todos los restantes.

29. En diciembre de 2007, el Gobierno Ecuatoriano notificó al Centro Internacional de Solución Disputas en Materia de Inversiones que excluía de su jurisdicción las controversias que surgieren que tuvieran relación con las acciones estatales tomadas en relación con gas, petróleo y otros recursos naturales. Posteriormente, procedió a notificar la denuncia definitiva a la Convención que creó el referido Centro (1987) en el mes de julio de 2009 (con efecto desde enero de 2010).

SISTEMA INSTITUCIONAL Y GOBERNANZA PÚBLICA PARA LAS INVERSIONES

Ante los retos que se han expuesto, es preciso evaluar cómo un esquema regulatorio puede incidir en la capacidad para generar un entorno favorable para la inversión mediante el mejoramiento de las condiciones políticas y macroeconómicas que generen estabilidad, certidumbre y fomento de las actividades económicas. Sobre las primeras es menester distinguir aquellas estrategias dirigidas al establecimiento de un marco regulatorio previsible no solo en los aspectos sustantivos de las prerrogativas y las garantías a la inversión, sino la adopción de normas procedimentales para la simplificación de todos los trámites vinculados con la interrelación de los agentes económicos y las entidades estatales.

Como una primera apreciación, basada en la experiencia reciente de Ecuador y otros países en desarrollo en relación con controversias internacionales en materia de inversiones y un criterio cada vez más generalizado sobre la necesidad de una búsqueda de re-equilibrar el tratamiento reconocido a los inversionistas privados, las normas jurídicas deben establecer no solo los derechos que asisten a los inversionistas y sus intereses, sino que deben enunciar los preceptos normativos necesarios para asegurar adecuados niveles de responsabilidad ética, económica y social de la inversión, supeditando el otorgamiento de incentivos específicos a los atributos y externalidades positivas alcanzados por las inversiones de naturaleza productiva.

Por otra parte, las leyes correspondientes deben prefigurar la estructura pública institucional central y descentralizada necesaria para su óptima implementación y monitoreo, mediante el fortalecimiento y la reorientación de un verdadero *Sistema Nacional de Gestión de las Inversiones* con una armónica interacción interinstitucional, que logre adicionalmente promover el grado de estabilidad y certidumbre que deben caracterizar a un sistema de normas que incentiven la recepción y ampliación de inversiones nacionales y extranjeras en los diversos sectores de nuestra economía.

Tomando en consideración que es importante que los inversores depositen su confianza en la integridad de los mercados, otra de las metas a alcanzar involucra la promoción de un marco jurídico que pueda garantizar el cumplimiento de los contratos, la protección de los derechos de la propiedad y la resolución de los conflictos.

Con la aprobación y expedición de la nueva Constitución de la República, como lo hemos acreditado, se aprobaron lineamientos que determinarán tanto el desarrollo normativo ulterior como el diseño y la implementación de políticas y programas relacionados con el ámbito de inversiones. Entre estos se pueden destacar resumidamente:

- Que el Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras.
- Que otorgará prioridad a la inversión nacional otorgando un rol complementario a la inversión extranjera.
- Que la inversión se orientará con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica y generación de equilibrios regionales y sectoriales.
- Que la inversión extranjera estará sometida al acatamiento del marco jurídico y a las regulaciones nacionales.
- Que se orientará, según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo (Buen Vivir) y los Planes de Desarrollo de los Gobiernos Autónomos Descentralizados.

Se destaca que, en general, las características de las disposiciones constitucionales que delinean el modelo económico que ha adoptado el Estado ecuatoriano y la interrelación con temas como la provisión de servicios públicos y acceso a sectores estratégicos, las reglas sobre competencia económica, la subordinación del mercado a la consecución del régimen de desarrollo, entre otros, tienen importancia significativa para la generación del apropiado entorno, no solo de las inversiones, sino para la producción, el comercio y el desarrollo productivo en general.

A los retos ya identificados, debe sumarse la consideración de la existencia de un desfase entre la normativa que regula actualmente el marco general de inversiones y aquella relativa a los distintos regímenes sectoriales, y de ambos frente al nuevo esquema constitucional. El primer esfuerzo debe orientarse hacia dotar de coherencia y sistematización al ordenamiento jurídico.

Por otra parte, y agravando la problemática expuesta, la revisión jurídica efectuada concluye asimismo, que los inversionistas nacionales y extranjeros se encuentran regidos por un triple sistema normativo: la legislación nacional, la normativa comunitaria andina y las disposiciones de los acuerdos bilaterales y multilaterales respectivos, situación que exigiría que, junto con la antes referida tarea, debe tenderse hacia la armonización de las disciplinas y tratamientos reconocidos y garantizados.³⁰

EL NUEVO MARCO LEGAL Y EL DESARROLLO DE LOS PRECEPTOS CONSTITUCIONALES

Ante la necesidad de desarrollar legalmente los preceptos constitucionales que regulan los fundamentos jurídicos del tratamiento a la inversión, es preciso establecer los

30. MIPRO, *Análisis dinámico del marco normativo de las inversiones: perspectivas para su fortalecimiento y reorientación*. Investigación a cargo del autor y desarrollada en el año 2007.

principales lineamientos que podrían considerarse a efectos de preparar una propuesta de la normativa que cumpla dicho propósito y confronte los retos que han sido demarcados, procurando un grado de estabilidad y certidumbre que deben caracterizar a un sistema legal democrático y que incida efectivamente en la recepción y ampliación de inversiones nacionales y extranjeras en los diversos sectores de nuestra economía.

De una manera preliminar, es preciso considerar que esta responsabilidad estatal no solo debe estar impulsada por la adaptación de preceptos constitucionales, sino que, en un contexto objetivo y pragmático, debe coordinarse como una labor dentro de un aun mayor marco programático, con correlación a un objetivo de implementar políticas públicas que dinamicen la economía ecuatoriana, y ante la consideración de que, en el escenario internacional, es notoria la competencia entre naciones para posicionarse como destinos atractivos para los capitales y proyectos de inversión foráneos y sus recursos. Ante tal escenario, las acciones estatales en el plano normativo e institucional habrían de concentrarse en dos tipos de esfuerzos: la conformación de un marco jurídico equilibrado, estable y transparente y la incorporación de incentivos directos para alentar la presencia y permanencia de la inversión.

Habiendo revisado brevemente la evolución de la regulación interna de los aspectos vinculados con el Derecho de las Inversiones en el Ecuador, junto con la conclusión de que su vigencia no es de reciente introducción, podría considerarse adicionalmente que su expedición asimismo se vio influenciada por la normativa comunitaria e internacional preexistente, a la cual nuestro país se comprometió en el marco subregional³¹ o bilateral, y que este tampoco ha redundado significativamente en la construcción y consolidación de los esquemas institucionales apropiados ni en el logro de metas de crecimiento y desarrollo nacional, habiendo otorgado garantías y prerrogativas que podrían ser incluso entendidas como favorecedoras –particular y discriminatoriamente– a la inversión extranjera sobre la nacional; por otra parte, los estímulos e incentivos en ella consagrados no han recibido el adecuado seguimiento y evaluación.

Sin que se pueda, por otra parte, aspirar a que el Ecuador alcance un nivel de desarrollo jurídico de su marco normativo equivalente a otros países con una caracterización económica distinta y delineada por esquemas constitucionales con concepciones de mayor apertura y flexibilidad regulatoria sobre el tratamiento a la inversión, no obstante, se podría apuntalar dicho esfuerzo considerando –en la medida de lo jurídicamente permisible y políticamente viable– algunas apreciaciones sobre las mejores prácticas internacionales. Al respecto, es prudente acudir, a modo de uno de los referentes institucionales cruciales, a los parámetros de la Organización para la

31. Al respecto, la vigencia de las Decisiones 24, 291 y 292 de la Comunidad Andina, preexistentes a la legislación ecuatoriana específica en materia de inversiones, rigen paralelamente a los cuerpos legales analizados, y por su jerarquía jurídica superior, su aplicación es directa, preferente e inmediata.

Cooperación y Desarrollo Económicos, que ha determinado como prácticas gubernamentales altamente recomendables, sobre todo en lo que corresponde a la finalidad de brindar seguridad tanto a la inversión y a los inversionistas:

- Que las acciones del gobierno sean creíbles.
- Que el sistema regulatorio sea de buena calidad.
- Que el sector público sea íntegro (sin corrupción).
- Que exista protección para los inversionistas en contra de decisiones arbitrarias.
- Que exista protección en los derechos de propiedad.
- Que exista un conocimiento general sobre las leyes (difusión).

La calidad reglamentaria y la integridad del sector público son dos aspectos de la gobernanza pública que influyen de forma decisiva en la confianza y en las decisiones de todos los inversores y determinan las ventajas que se pueden sacar de la inversión en el ámbito del desarrollo. Aunque no hay un modelo único para una buena gobernanza pública, existen normas generalmente aceptadas en la materia para ayudar a los gobiernos a desempeñar eficazmente sus críticas agendas regulatorias.³²

En el diagrama de la página siguiente, se exponen de manera adaptada, los pasos recomendados por el Banco Mundial³³ para la consideración de la introducción de una reforma en el ámbito de inversiones. La evaluación final de los logros introducidos debería ser analizada en términos de su contribución a objetivos primarios de orden social tales como sus efectos distributivos, la creación de empleos y/o mejora de condiciones salariales junto con el gradual incremento de la formación bruta de capital fijo tanto de propiedad de nacionales como de extranjeros.

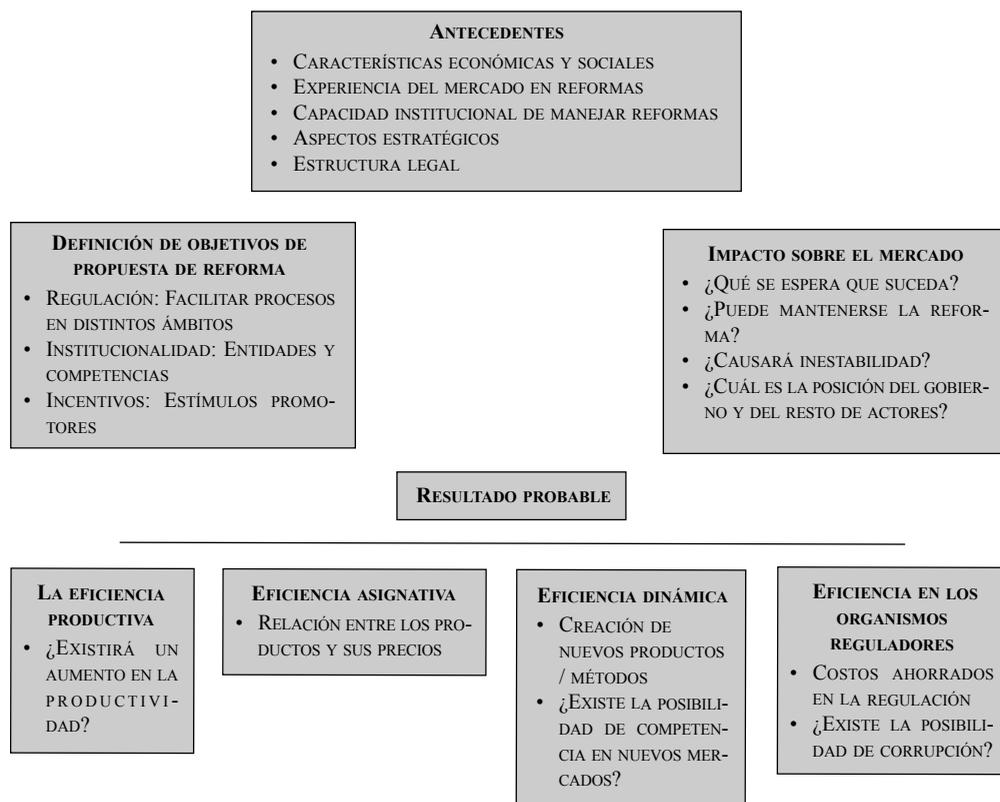
Reconociendo la importancia de las condiciones expuestas, la gestión, la promoción y la administración de la inversión basada en un nuevo régimen, está marcada, a más de estos, en promover la contribución hacia el desarrollo de la inversión nacional y extranjera, persiguiendo un óptimo grado de coherencia y armonía entre los objetivos nacionales en materia productiva y económica, las políticas generales que los orientan y el desempeño de las actividades económicas privadas y la orientación de los recursos necesarios para su desarrollo, en condiciones igualitarias y competitivas.

Estos lineamientos específicos deben ser considerados a la luz de otras disposiciones de la Constitución que tienen relación directa con el marco jurídico básico para el entorno de inversiones en el Ecuador, entre estas se consideran:

32. Organización de Cooperación y Desarrollo Económico (OCDE), *Marco de acción para la inversión*, París, 2006, p. 238.

33. Banco Mundial, “Transport Economics, Policy and Poverty Thematic Group”, en *Economic Appraisal of Regulatory Reform-Checklist of issues*, Washington, 2005, p. 2.

Las disposiciones legales que desarrollan los preceptos constitucionales...



- Sustento en las garantías de igualdad entre agentes económicos privados y la de no confiscatoriedad (expropiación) sin indemnización, y a su vez basándose en las libertades de comercio y contratación, entre otras básicas en el plano económico.
- Regulación de las responsabilidades de los gobiernos locales en relación con la gestión y promoción de la inversión y los lineamientos que deben procurarse para su contribución al desarrollo regional.
- Racionalización de las limitaciones de acceso o participación de la inversión privada a los sectores considerados como estratégicos, los cuales deben permanecer bajo la orientación, control y supervisión estatal pero cuyo aprovechamiento sustentable puede propiciarse con el apalancamiento de capitales privados, en empresas mixtas.
- Consideración de alternativas que permitan, en casos que deben ser calificados por la Ley, el sometimiento a mecanismos de solución de controversias en

materia de inversiones entre el Estado y empresas particulares extranjeras, con una priorización de foros regionales para dicho sometimiento.³⁴

El ámbito de cobertura de una propuesta legal, por consiguiente, requeriría la instauración de un régimen general de la inversión privada en el Ecuador, cuyo ámbito de aplicación o cobertura debería diferenciarse, como una de sus características esenciales, de otras normas que, por su naturaleza, estén sujetas a un régimen particular, tales como el tratamiento relativo a la inversión pública así como aquella realizada por agentes económicos nacionales o extranjeros en los sectores económicos calificados como estratégicos, sujetos a disposiciones específicas para su admisión u operación.

Otros aspectos importantes, que podrían ser evaluados, corresponden a la enunciación de prescripciones legales que aseguren ciertos niveles de responsabilidad ética, económica y social de la inversión, que supediten el otorgamiento de incentivos específicos a los atributos y externalidades positivas de la inversión de naturaleza productiva y que prefiguren la estructura pública institucional central y descentralizada, con competencias amplias y claras, necesarias para su óptima implementación y monitoreo.

El ejercicio del proceso legislativo que dio como resultado la expedición del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones,³⁵ siguiendo tal línea, acogió en gran medida los parámetros ideales a ser cubiertos en una propuesta legal integral, procurando equilibrar el desarrollo de las disposiciones constitucionales respectivas y los principios económicos programáticos gubernamentales y, a su vez, acoja las características materiales y formales de una norma jurídica de rango legal, que habilite su posterior aplicación en normas reglamentarias adecuadas y ejecución de programas, planes y proyectos para el real cumplimiento de los ambiciosos propósitos considerados para todo este esfuerzo estatal. En términos de eficacia normativa, recogiendo las conclusiones de un tratadista mexicano,

esta abarca tres aspectos de su contenido: los principios programáticos que establece, los objetivos que con estos pretenden alcanzarse y las facultades que otorga al Estado para el cumplimiento de las responsabilidades que le asigna. En cuanto a los primeros, el alcance de la planeación del desarrollo nacional se enfrenta con la difícil posibilidad material

34. Acogiendo el mandato constitucional previsto en el art. 422, que preceptúa: “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... Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

35. Registro Oficial 351 de 29 de diciembre de 2010.

y jurídica de sancionar su incumplimiento, incluso en su vertiente obligatoria con respecto a la administración pública.³⁶

De modo consecuente, entre las líneas de trabajo normativo, bajo las premisas de que la reorientación del marco jurídico, mediante el trabajo coordinado inicialmente por el Ministerio de Industrias y Competitividad y posteriormente continuado por el Ministerio de la Coordinación de la Producción, Empleo y Competitividad, la propuesta debía concentrarse en dos tipos de esfuerzos: la conformación de un marco jurídico estable y transparente y la incorporación de incentivos directos para alentar la presencia y permanencia de la inversión.

Se detallan a continuación los objetivos que impulsaron y delinearón el Proyecto de Ley original:

- Promover la inversión nacional y extranjera, persiguiendo un óptimo grado de coherencia y armonía entre los objetivos nacionales en materia productiva y económica, las políticas generales que los orientan y el desempeño de las actividades económicas privadas y la orientación de los recursos necesarios para su desarrollo;
- Ampliar la cobertura a las modalidades y formas que puede adoptar la inversión.
- Brindar trato nacional al acceso de inversiones e inversionistas a los distintos sectores económicos productivos, excluyendo de dicha cobertura a sectores estratégicos, repensando en mantenimiento de reservas a su aplicación pero en condiciones igualitarias y competitivas.
- Priorizar la inversión nacional mediante la aplicación de incentivos específicos.
- Tender a la armonización de las disciplinas y tratamientos reconocidos y garantizados en la legislación nacional, la normativa comunitaria y las disposiciones de los acuerdos bilaterales, destacando el respeto a dichos compromisos, como una garantía general.
- Asegurar ciertos niveles de responsabilidad económica, social y ética de la inversión y de los inversionistas.
- Racionalizar, propender a la codificación y supeditar el otorgamiento de incentivos específicos a los atributos y externalidades positivas de la inversión de naturaleza productiva, junto con la derogatoria de aquellos que se superpusiesen, ya no se aplicaren o no se estimen apropiados.

36. José Francisco Ursúa Remírez, "Eficacia normativa y constitución económica", en *XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía*, México D.F., 2008, p. 43.

- Establecer reglas sobre la interacción y coordinación con los gobiernos locales y la adecuada descentralización de la gestión de la inversión productiva.
- Implementar una estructura pública institucional especializada, tanto a nivel central como descentralizado, necesaria para la óptima implementación de las prerrogativas y evaluación de obligaciones, mediante el fortalecimiento y la reorientación de un sistema nacional de gestión de las inversiones con responsabilidades interinstitucionales claramente definidas, que incluyan la promoción de inversiones nacionales y extranjeras en los diversos sectores productivos de nuestra economía.
- Prever reglas de solución de controversias que se aplicarán para las disputas entre inversionistas y el Estado ecuatoriano, priorizando mecanismos previos de análisis y relación directa con inversionistas para prevenir conflictos o solucionarlos en una etapa pre litigiosa.

A continuación, y como elemento final de este análisis, se revisan algunas de las caracterizaciones recogidas en la versión finalmente expedida y puesta en vigencia tras el veto parcial del Presidente de la República.³⁷ El denominado de forma simplificada Código de la Producción,³⁸ que integra en su crucial contenido, un libro relativo al ámbito de inversiones.³⁹

El análisis de los fundamentos de la propuesta debe partir de la referencia a la exposición de motivos y los antecedentes del proyecto de Código: en el primero, se realiza un aparente diagnóstico de la situación económica y la normativa imperante, en cuyos términos relativos al objeto central de este trabajo resaltamos los siguientes:

... De igual manera, la misma ley mantiene un capítulo sobre la regulación de inversiones en el Ecuador, que en la práctica no ha fomentado el incremento e interés de inversiones productivas, nacionales o extranjeras, en nuestro país. Más aún, en sectores estratégicos para el Estado, las regulaciones actuales no dejan espacio a establecer mecanismos de incentivos acordes a la planificación nacional y sectorial... Así también, se busca cubrir los vacíos legales que existen en la actividad tanto pública como privada, relacionada con el fomento e incentivos a las micro, pequeñas y medias empresas, para potenciar la mejora de su productividad y su internacionalización.

37. Oficio remitido por el Presidente de la República con fecha 16 de diciembre de 2010. Previamente se habían realizado el primer y segundo debates con fechas 4 y 16 de noviembre del mismo año.

38. Es preciso mencionar que varios de los criterios comentados en este artículo fueron considerados para la elaboración del referido cuerpo legal. La base de dicha propuesta consideró un proyecto equivalente impulsado por el MIPRO desde el año 2007, en el cual el autor tuvo la oportunidad de participar como coordinador del respectivo grupo de trabajo.

39. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. Libro II-Del Desarrollo de la Inversión Productiva y de sus Instrumentos.

El punto de partida lo constituyó el marcar una concepción hacia un régimen integral de la inversión privada, que se constituya en el compendio de las principales normas relativas a su gestión, con una cobertura amplia de aspectos institucionales y regulatorios. Dicho alcance integral estaría dado, prioritariamente por una jerarquía superior sobre otras normas jurídicas (que se materializó al otorgársele el carácter de Ley Orgánica) y por la inclusión de reglas sobre el establecimiento de inversiones nacionales y foráneas –realizadas en áreas distintas a las preservadas como estratégicas– así como su control, promoción y la caracterización de incentivos para la atracción de aquella dirigida a sectores productivos prioritarios, por su mayor contribución hacia el desarrollo económico y social nacional.

Evidentemente, su carácter general no debería impedir la expedición o reforma de regímenes especiales o particulares para el tratamiento de las inversiones en determinados sectores económicos,⁴⁰ al amparo de otras leyes de igual o mayor jerarquía, las cuales prevalecerían sobre dicho régimen, al cual acudirían como su norma supletoria, al igual que las normas que regulen los sectores estratégicos, que quedarían excluidas del ámbito de cobertura de la Ley.

En cuanto a los aspectos institucionales, el Código estableció la creación del Consejo Sectorial de la Producción,⁴¹ órgano rector que se encarga de definir las políticas de desarrollo productivo y de fomento de las inversiones. Se reconoce también la participación intersectorial de la ciudadanía a través del Consejo Consultivo de Desarrollo Productivo y Comercio Exterior, que puede proponer o sugerir lineamientos técnicos para la elaboración de las referidas políticas.

Por otra parte, como uno de los pilares del régimen previsible, fue congruente con la norma constitucional respectiva, la equiparación en el trato esencial para los inversionistas nacionales y extranjeros, respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, con excepciones específicas en relación con una obligación de registro del ingreso de recursos.

En cuanto a las modalidades de inversión, que por efectos de claridad en cuanto a su cobertura, deberían atender a una amplia lista de transacciones o formas que puede adoptar la inversión⁴² ligándola al desarrollo de actividades económicas y a que sea realizada conforme las normas previstas en la ley ecuatoriana. La adquisición de bienes tangibles sean muebles o inmuebles, derechos sociales de empresas, dere-

40. A partir del año 2008 se han expedido nuevos marcos regulatorios o reformas trascendentales en los ámbitos de hidrocarburos, minería, electrificación, entre otros ámbitos estratégicos.

41. Art. 6.

42. Finalmente fueron recogidas en el Reglamento correspondiente al Libro II del Código de la Producción. Decreto 757. R.O. 450 de 17 de abril de 2011.

chos contractuales e intangibles, serían ejemplos ilustrativos que deberían formar parte del acervo que estaría amparado por la ley.

Uno de los requerimientos básicos lo constituyó la sistematización y racionalización de una batería significativa de incentivos y estímulos para la inversión nacional y extranjera, cuando esta cumpla determinados parámetros que la cataloguen como productiva, siendo entre otros que contribuya de manera efectiva a la generación de empleo nacional, al incremento de la capacidad competitiva del sector público y privado, al desarrollo, uso y transferencia de tecnologías para la incorporación de valor agregado a los procesos de producción, entre otros elementos económicos y sociales clave.

Para alentar las inversiones productivas, el régimen propugna el tratamiento de estímulos estatales, particularmente en lo que se refiere al reconocimiento de incentivos de carácter financiero y tributario que también fueron extendidos hacia los ámbitos comercial y aduanero. Mención aparte para destacar la alternativa de un enfoque para el tratamiento de los contratos de estabilidad de inversiones, que pese a no haber mostrado una incidencia real en la presencia de capitales foráneos en el país, su presencia es casi generalizada en los regímenes de la región y adecuadamente regulados; su suscripción⁴³ se restringe únicamente para recoger y estabilizar las condiciones y prerrogativas sobre aquellas disposiciones del marco legal que sean declaradas y consideradas como determinantes para la realización de un proyecto de inversión; no obstante, en la administración de este régimen específico debe procurarse evitar la manipulación del sistema de incentivos hacia mecanismos que aseguren la obtención dirigista de privilegios o la obstaculización de competidores en un mal entendido propósito de impulsar la maximización de beneficios.⁴⁴

De forma equilibrada, para los inversionistas nacionales y extranjeros, así como para sus inversiones, se reconocen garantías⁴⁵ tales como el derecho a la propiedad, la libertad de transferencias al exterior de utilidades y otros recursos, tratamiento justo y equitativo, entre otras de carácter asistencial o promocional para el desarrollo de proyectos de inversión; pero correlativamente, deber de sujetarse a la observancia y fiel cumplimiento de las leyes del país y en especial de las relativas a los aspectos laborales, medio ambientales, tributarios y de seguridad social. Para procurar un adecuado cumplimiento de estos, la vinculación de dichas obligaciones al goce de los incentivos generales y específicos de los que gozará un inversionista resultaría probablemente una medida acertada.

43. El plazo de duración de los contratos de inversión será de 15 años desde su celebración y podrán ser prorrogados por una sola vez por el mismo plazo. Art. 25 y 26 del Código de la Producción.

44. Gerardo Strada Sáenz, "Estado y Mercado", en Julio Pinto, *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Editorial Universitaria, 1995, p. 208.

45. Art. 17, 18 y 19 del Código de la Producción.

El logro de esta sistematización de derechos y prerrogativas –nos permitimos insistir– también requiere armonizar las normas nacionales correspondientes, no solo con los nuevos estándares constitucionales y con los lineamientos de la política social y económica del gobierno, sino que debe, paralelamente, ceñirse a los estándares internacionales acordados previamente en los compromisos bilaterales, comunitarios y multilaterales asumidos, sin perjuicio de una redefinición de la política exterior, que conforme la está conduciendo el gobierno, en vez de involucrar una eventual renegociación estratégica de tales compromisos, apunta hacia un abandono de estos por vías de la renuncia o terminación unilateral.

Dentro del Código, se considera la existencia de *beneficios específicos* que son únicamente dirigidos para la inversión productiva nueva⁴⁶ y que cumplan con los requisitos establecidos por la Secretaría Técnica del Consejo Sectorial de la Producción, que asumirá la responsabilidad de su monitoreo, junto con el Servicio de Rentas Internas, en lo que a los de carácter tributario se refiere.⁴⁷

Bajo ese marco y a pesar de la adopción de los incentivos, el criterio de muchos inversionistas, recogido por encuestas nacionales e internacionales y ciertas bases teóricas, han cuestionado la eficacia real de estos en atraer la inversión cuando no existe previamente un ambiente o clima propicio que, más allá de lo netamente económico, comprende variables como la estabilidad política, seguridad jurídica y otras condiciones deseables para el establecimiento y expansión de una inversión.

Los incentivos tributarios, por tanto, tienen una utilidad limitada para atraer inversión extranjera directa o promover la inversión nacional, pero pueden ser determinantes en la decisión de localización o ampliación de operaciones entre estados que tengan un clima de inversión equivalente.

Inmediatamente esta afirmación deviene en la idea de que resultan ser las empresas multinacionales aquellas que pueden de mayor forma optimizar una aplicación efectiva de incentivos tributarios en sus estrategias globales, ya sea por el elevado costo para empresas nacionales de emprender actividades fuera del país o por otras circunstancias que les impedirían un adecuado aprovechamiento.

Aunque puede resultar complejo privilegiar alguno de esos atributos que fueron criticados, en nuestro criterio, la sistematización de incentivos, tanto dentro de la política pública y la estructura normativa, resulta uno de los factores más importantes a ser considerados. Por ello, se considera acertada la decisión legislativa de proceder a la racionalización y –ojala pronta– codificación de los incentivos vigentes en el Ecuador, en la medida de lo posible, en solo cuerpo legal, lo que generaría mayor

46. *Ibid.*, art. 14.

47. *Ibid.*, arts. 28 y 29.

grado de certeza y congruencia en su promoción, aplicación y control, siendo la Ley Orgánica de Régimen Tributario Interno, la llamada a cumplir ese papel.

Cabe destacar la inclusión de un régimen sancionatorio sin precedentes en las legislación anterior sobre inversiones, que contempla como infracciones el incumplimiento probado por la autoridad competente de las leyes laborales, tributarias, de seguridad social o ambiental del país y demás normas que regulan la inversión; y la falsedad comprobada judicialmente de los documentos de respaldo para conseguir el incentivo.⁴⁸ Se prevé la potestad adicional del ejercicio de acciones civiles o penales, la facultad de solicitar la revocatoria de los beneficios otorgados, a través de una Resolución de la Secretaría Técnica del Consejo Sectorial, sujeta a recursos conforme las normas del Estatuto del Régimen Jurídico y Administrativo de Función Ejecutiva.

Análisis aparte merecería la sección relativa a la solución de controversias prevista por el Código de la Producción, limitándonos por lo pronto a destacar que, en lo que se refiere a los contratos de inversión, como innovación se exige haber agotado completamente la vía administrativa, haber intentado una solución directa y negociada durante un período de sesenta días (período de enfriamiento); posteriormente el inversionista y el Estado deberán propiciar una instancia de mediación obligatoria dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inicio de negociaciones, para finalmente dar paso al arbitraje nacional o arbitraje internacional, excepto para asuntos tributarios; también se prevé el sometimiento a la justicia ordinaria nacional.⁴⁹

Finalmente, es prudente comentar que todo marco legal debe ser continua y permanentemente sujeto a revisión y eventual actualización, considerando no solo su grado de ajuste a las disposiciones constitucionales que se han comentado, sino también a su grado de incidencia en el comportamiento de inversionistas y el desempeño de sus inversiones. Ante todo, debe considerarse que más allá que la mera regulación de conductas, en términos de la visión de Norberto Bobbio⁵⁰ el derecho también es un producto histórico en constante cambio y ajuste, y si lo confrontamos con el plano de las relaciones económicas, implica una ardua y delicada responsabilidad estatal, que solamente si es adecuadamente ejercida, podrá contribuir decididamente en el desarrollo humano, meta universalmente compartida.

48. *Ibid.*, art. 31.

49. *Ibid.*, art. 27.

50. Norberto Bobbio, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1991, p. 16.

BIBLIOGRAFÍA

- Acosta, Alberto, y Fander Falconí, “Otra Política económica, deseable y posible”, en *Asedios a lo Imposible: propuestas económicas en construcción*, Quito, ILDES-FES, 2005.
- Banco Mundial, “Transport Economics, Policy and Poverty Thematic Group”, en *Economic Appraisal of Regulatory Reform—Checklist of issues*, Washington, 2005.
- Bidart Campos, Germán, “La Constitución Económica (Un esbozo desde el derecho constitucional argentino)”, en *Revista Mexicana de Derecho Constitucional*, No. 6, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Nacional Autónoma de México, enero-junio de 2002.
- Bobbio, Norberto, *Teoría General del Derecho*, Madrid, Debate, 1991.
- Conferencia de las Naciones Unidas para el Comercio y el Desarrollo, *Análisis de las Políticas de Inversión—Ecuador*, Ginebra, 2002.
- *Informe Mundial de las Inversiones 2010*, Ginebra, 2010.
- De la Cruz Ferrer, Juan, *Apuntes de Derecho Público Económico: la intervención pública en la economía y en la empresa*, Madrid, Dykinson, 1992.
- Farjat, Gérard, *Derecho Económico*, Paris, Edit. Presses Universitaires de France/Themis Droit Edition, 1971.
- Fernández-Espinar y López, Luis Carlos, “Constitución y Sistema Económico”, en *Revista Española de Derecho Constitucional*, Madrid, 1986.
- Guerra Bello, Gustavo, Informe de Consultoría “Análisis dinámico del marco normativo de las inversiones: perspectivas para su fortalecimiento y reorientación”, Quito, Ministerio de Industrias y Productividad, 2007.
- Gutiérrez, Gilberto, “Marco económico constitucional ecuatoriano” en *Revista Iuris Dictio*, Año X, No. 12, Quito, Universidad San Francisco de Quito, 2009.
- Leguizamon Acosta, William, *Derecho Constitucional Económico*, Bogotá, Ediciones Jurídicas Gustavo Ibáñez, 2000.
- Moguillansky, Graciela y, Ricardo Bielschowsky, *Investment and Economic Reform in Latin America*, Santiago de Chile, CEPAL, 2000.
- Montaño Galarza, César, “Concepto y campo problemático del Derecho Económico”, en *Revista de Derecho Foro*, Quito, Universidad Andina Simón Bolívar/Corporación Editora Nacional, 2005.
- Organización para la Cooperación y Desarrollo Económicos (OECD), *Marco de Acción para la Inversión*, París, 2006.
- Pinto, Julio, *Introducción a la Ciencia Política*, Buenos Aires, Eudeba/Editorial Universitaria, 1995.
- Ramírez Arrayás, José Antonio, *Constitución Económica y Dominio Legal*, Santiago de Chile, Instituto de Políticas Públicas de la Universidad Central de Chile, 1998.

Roemer, Andrés, *Introducción al análisis económico del Derecho*, México D. F., Instituto Tecnológico Autónomo de México/Sociedad Mexicana de Geografía y Estadística/Fondo de Cultura Económica, 2001.

Sánchez Gil, Rubén, *El principio de proporcionalidad*, México D.F., Instituto de Investigaciones Jurídicas/Universidad Nacional Autónoma de México, 2007.

Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo. Resumen Ejecutivo del Plan Nacional de Desarrollo, 2008.

Ursúa Remírez, José, *Eficacia normativa y constitución económica*, México D.F., XII Conferencia Internacional de Análisis Económico del Derecho de la Asociación Latinoamericana y del Caribe de Derecho y Economía, 2008.

Valencia M., Alexis, “*Revisión y propuesta sobre la Política de Incentivos para la Inversión en Ecuador*”, Ministerio de Industrias y Productividad, Informe de Consultoría Quito, 2007.

NORMAS CITADAS

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

Constitución de la República de Ecuador

Ley de Comercio Exterior e Inversiones (derogada)

Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (derogada)

Reglamento al Libro II del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones

Fecha de recepción: 11 de julio de 2012

Fecha de aprobación: 18 de septiembre de 2012

ANEXOS

A) PRINCIPIOS CONSTITUCIONALES

Igualdad de los extranjeros

(Ref. Constitucional, arts.13, 14, 15, 17, 23, 244, 271)

- Los extranjeros gozan de los mismos derechos que los ecuatorianos, con las limitaciones establecidas en la Constitución y la ley.
- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevan implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.
- Las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán adquirir, a ningún título, con fines de explotación económica, tierras o concesiones en zonas de seguridad nacional.
- Inversión nacional y extranjera en iguales condiciones.
- Se garantiza los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.

Estabilidad jurídica

(Ref. Constitucional, art. 271)

- El Estado, en contratos celebrados con inversionistas, podrá establecer garantías y seguridades especiales, a fin de que los convenios no sean modificados por leyes u otras disposiciones de cualquier clase que afecten sus cláusulas, con el fin de dotarlos de estabilidad jurídica.

Propiedad privada

(Ref. Constitucional, arts.23,30,32,33)

- Se reconoce el derecho a la propiedad, en los términos que señala la Constitución, la Ley y los tratados internacionales.
- La propiedad en cualquiera de sus formas y mientras cumpla su función social, constituye un derecho que el Estado reconocerá y garantizará para la organización de la economía.
- Excepcionalmente y solo para fines de orden social, se permite la expropiación en los términos establecidos en la constitución y la Ley por parte de las instituciones del Estado, mediante el procedimiento y en los plazos que señalen las normas procesales, podrán expropiar, previa justa valoración, pago e indemnización, los bienes que pertenezcan al sector privado. Se prohíbe toda confiscación.

Propiedad intelectual

(Ref. Constitucional, arts. 30,84)

- Se reconoce y garantiza la propiedad intelectual, en los términos previstos en la ley y de conformidad con los convenios y tratados vigentes.
- El Estado reconoce y garantiza a los pueblos indígenas, la propiedad intelectual colectiva de sus conocimientos ancestrales; a su valoración, uso y desarrollo conforme a la ley.

Libertad y promoción de empresa

(Ref. Constitucional, arts. 23, 245, 244)

- El Estado reconoce y garantiza a las personas la libertad de empresa, con sujeción a la ley.
- El Estado reconoce, garantiza y regula las empresas económicas, en cuanto a sus formas de propiedad y gestión.
- Al Estado le corresponde: Garantizar el desarrollo de las actividades económicas; Promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos.

Monopolios y libertad de competencia

(Ref. Constitucional, art. 244)

- Al Estado le corresponde garantizar el desarrollo de las actividades económicas, mediante un orden jurídico e instituciones que las promuevan, fomenten y generen confianza. Las actividades empresariales públicas y privadas recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizarán las inversiones nacionales y extranjeras.
- Las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal.
- El Estado deberá promover el desarrollo de actividades y mercados competitivos. Impulsar la libre competencia y sancionar, conforme a la ley, las prácticas monopólicas y otras que la impidan y distorsionen.

Bienes del Estado

(Ref. Constitucional, arts. 247, 248)

- Son de propiedad inalienable e imprescindible del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentran en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial.
- Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios.
- Las aguas son bienes nacionales de uso público; su dominio será inalienable e imprescindible; su uso y aprovechamiento corresponderá al Estado o a quienes obtengan estos derechos, de acuerdo con la ley.
- El Estado tiene derecho soberano sobre la diversidad biológica, reservas naturales, áreas protegidas y parques nacionales.

- Será responsabilidad del Estado la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, fuerza eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, facilidades portuarias y otros de naturaleza similar. Podrá prestarlos directamente o por delegación a empresas mixtas o privadas, mediante concesión, asociación, capitalización, traspaso de la propiedad accionaria o cualquier otra forma contractual, de acuerdo con la ley. Las condiciones contractuales acordadas no podrán modificarse unilateralmente por leyes u otras disposiciones.

Prohibiciones

(Ref. Constitucional, art. 90)

- Se prohíben la fabricación, importación, tenencia y uso de armas químicas, biológicas y nucleares, así como la introducción al territorio nacional de residuos nucleares y desechos tóxicos.