

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría en Derecho de la Empresa

Acuerdo Comercial con la Unión Europea: implicaciones normativas de la reserva del Ecuador en torno a la inversión en sectores estratégicos y el control sobre las empresas

Carlos Andrés Sevilla Albornoz

Tutor: Gustavo Guerra Bello

Quito, 2018



Cláusula de cesión de derecho de publicación

Yo, Carlos Andrés Sevilla Alborno, autor del trabajo intitulado “Acuerdo Comercial con la Unión Europea: implicaciones normativas de la reserva del Ecuador en torno a la inversión en sectores estratégicos y el control sobre las empresas”. mediante el presente documento dejo constancia de que la obra es de mi exclusiva autoría y producción, que la he elaborado para cumplir con uno de los requisitos previos para la obtención del título de Especialista Superior en la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador.

1. Sedo a la Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, los derechos exclusivos de reproducción, comunicación pública, distribución y divulgación, durante 36 meses a partir de mi graduación, pudiendo por lo tanto la Universidad, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

Fecha.....

Firma.....

Resumen

Esta investigación pretende analizar las implicaciones normativas y prácticas de la reserva horizontal en materia de inversiones en sectores estratégicos que el Ecuador estableció en el marco del Acuerdo Comercial Multipartes suscrito con la Unión Europea, a fin de determinar si la misma contempla flexibilidades para las inversiones extranjeras. Para tales efectos, esta investigación iniciará analizando cuál ha sido el tratamiento que las Constituciones ecuatorianas, vigentes desde 1945, han otorgado a las inversiones extranjeras en sectores estratégicos. También se examinará la jerarquía normativa entre los instrumentos jurídicos internacionales, para comprender la posición de los acuerdos comerciales dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano y su sujeción o relación con las normas nacionales.

En el segundo Capítulo se analizará el régimen del comercio de servicios a nivel multilateral, es decir en el marco de la Organización Mundial del Comercio. Esto con la finalidad de apreciar cómo el comercio de servicios se vincula con las inversiones extranjeras. En tal sentido se estudiará qué se entiende por comercio de servicios, cuáles son sus modos de suministro y cuál es el alcance de las obligaciones de los Estados en este régimen, particularmente en materia de acceso a los mercados, trato nacional y reservas horizontales.

Finalmente, se analizará el contenido del Acuerdo Comercial Multipartes suscrito entre Ecuador y la Unión Europea, en lo que respecta al comercio de servicios y a la reserva horizontal establecida por el Ecuador en torno a los sectores estratégicos. Esto, con el objetivo de comprender el fundamento que motivó el establecimiento de dicha reserva, y cuáles son las implicaciones normativas de dicha reserva, las cuales deberán ser tomadas en cuenta por los inversionistas europeos.

Tabla de contenidos

Introducción.....	9
Capítulo primero Generalidades del régimen de inversiones en el Ecuador	13
1. Régimen económico general previsto desde 1945.	13
2. Tratamiento constitucional de las inversiones extranjeras en sectores estratégicos	20
3. Tratamiento constitucional de los tratados internacionales.....	29
4. Relación del régimen de inversiones en el comercio de servicios	34
Capítulo Segundo El Comercio Internacional de Servicios	37
1. Características y regulación del sistema multilateral	37
1.1. La Organización Mundial del Comercio	38
1.2. Acuerdos Multilaterales de la OMC	41
1.2.1. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, principales características.....	42
1.2.1.1. Modos de prestación en el comercio de servicios	43
1.2.1.1.1. Modo 1 o suministro transfronterizo	44
1.2.1.1.2. Modo 2 o consumo en el extranjero	45
1.2.1.1.3. Modo 3 o presencia comercial.....	45
1.2.1.1.4. Modo 4 o presencia de personas físicas.....	46
1.2.1.2. Principio de la Nación Más Favorecida.....	47
1.2.1.3. Listas de compromisos específicos.....	50
1.2.1.4. Compromisos en acceso a mercados y trato nacional	51
1.2.1.5. Otras exclusiones y condiciones.....	53
1.2.1.6. Reservas horizontales	54
2. Ecuador y el comercio de servicios en la OMC	55
Capítulo Tercero Implicaciones normativas de la reserva establecida por el Ecuador en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea en torno a los sectores estratégicos y el control sobre las empresas	61
1 Acuerdos Comerciales	61
1.2. Tratamiento a nivel multilateral	63
2 Acuerdo Comercial con la Unión Europea.....	66
2.1. Título sobre Comercio de Servicios en el Acuerdo	70
2.1.1. Contenido normativo	70
2.2. La reserva horizontal relacionada con sectores estratégicos	76
2.2.1 Implicaciones de la reserva del Ecuador en los sectores estratégicos y el control sobre las empresas.....	77
Conclusiones.....	91
Bibliografía.....	95

Introducción

A partir de la Segunda Guerra Mundial, el desarrollo del intercambio de bienes y servicios tomó un giro importante que dio comienzo a una etapa “caracterizada, en lo esencial, por el predominio del libremercado y por la expansión del comercio internacional”.¹ Esta etapa dio paso a la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT), instrumento jurídico que estableció normas que otorgaban previsibilidad y buscaban eliminar obstáculos al comercio exterior dentro de las relaciones comerciales de sus miembros.

Posteriormente, la institucionalización de las relaciones comerciales a través de la creación de la Organización Mundial del Comercio fortaleció la posibilidad de que los países negocien y suscriban entre sí acuerdos bilaterales, teniendo en cuenta una reglamentación multilateral sobre comercio.² Por su parte, el Ecuador inició en el año 2007 una serie de negociaciones con la Unión Europea que culminaron con la suscripción del Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes que la Unión Europea había suscrito con Colombia y Perú.³

El Protocolo de Adhesión del Ecuador al Acuerdo Comercial Multipartes entró en vigencia provisional en el Ecuador en enero de 2017. Las disposiciones del Acuerdo regulan varios asuntos de comercio exterior dentro de los cuales se destacan las disciplinas sobre comercio de bienes y de servicios. En cuanto al segundo régimen, bajo los lineamientos y formato del Acuerdo General de Comercio de Servicios de la OMC, se negociaron sus cuatro modos de prestación, dentro de los cuales consta el modo tres o presencia comercial en el que “el proveedor de servicios establece su presencia comercial en otro país, por ejemplo, mediante sucursales o filiales”.⁴

Bajo dicha perspectiva, las partes liberalizaron parcialmente sus mercados en varios sectores económicos, en base a compromisos de acceso a mercados y de trato nacional. Esta apertura comercial se negoció a través de listas positivas, las cuales

¹ Luis Fernando Lobejón, *El Comercio Internacional* (Madrid: Ediciones Akal, 2001), 29

² Antonio Segura, “Los Acuerdos Comerciales Regionales y Bilaterales”, en *Derecho Internacional Económico*, coord. Luis Hinojosa y Javier Roldán (Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010), 248

³ Es pertinente indicar que a pesar de que las negociaciones del Acuerdo iniciaron en 2007 bajo un formato “bloque a bloque” entre la UE y la CAN. En julio del año 2009 Ecuador se retiró del proceso de negociación hasta que se de solución al caso del banano. Posteriormente, retomó las negociaciones con la UE en el año 2014.

⁴ Organización Mundial del Comercio, *La medición del comercio de servicio*. (Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2011), 11

consisten en “un listado de servicios que se pretenden liberalizar, quedando el resto protegido”.⁵ Bajo esta modalidad de negociación, las partes establecen en sus listas los compromisos que asumen en cada sector o subsector, en donde estas listas también “presentan una primera sección de compromisos horizontales que contiene las limitaciones aplicables a todos los sectores incluidos en la lista”,⁶ o mejor conocidas como reservas horizontales.

En base a lo anterior, las partes establecieron reservas horizontales a través de las cuales el Ecuador estipuló que las inversiones en sectores estratégicos se realizarán en base a la previa obtención de un título habilitante otorgado por el Estado ecuatoriano. Esta reserva se realizó toda vez que las negociaciones se efectuaron tomando en cuenta la legislación actual ecuatoriana, y, en consecuencia, el artículo 313 de la actual Constitución del Ecuador, el cual dispone que “el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos”.⁷

Adicionalmente, dicha reserva horizontal dispone que cuando una empresa de uno de los países de la Parte Unión Europea, pretenda establecer una inversión en sectores estratégicos, y otra empresa decida asumir el control sobre la misma, el acto podrá estar sujeto a autorización de la autoridad ecuatoriana relacionada con el ramo de la inversión, situación que tiene varias implicaciones normativas. Tomando en cuenta el alto contenido de la reserva ecuatoriana, conviene preguntarse, ¿la reserva establecida por el Ecuador, a pesar de estar ajustada a la legislación nacional, limita indirectamente las inversiones extranjeras al establecer una considerable carga de requisitos?

En consecuencia, el objetivo principal de esta investigación consistirá en determinar si la reserva implicaría que los extranjeros tendrían poca flexibilidad para invertir en los sectores estratégicos del Ecuador. En base a esto, como objetivos específicos se analizará 1) el régimen constitucional relacionado con el comercio de servicios en la época en la que el Ecuador se adhirió a la Organización Mundial del Comercio, 2) las características del comercio de servicios, 3) lo negociado por el Ecuador en el Acuerdo con la Unión Europea y 4) las implicaciones constitucionales de la reserva horizontal planteada por el Ecuador para las inversiones en sectores estratégicos.

⁵ Asociación Latinoamericana de Integración, *Estudio sobre la situación de las negociaciones y el comercio de servicios regional e internacional*, 02 de diciembre de 2004, Estudio 169, 36

⁶ Elsa Mora, *La regulación del comercio de servicios*, 2008, 142, http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_843_135148_C5ADC5444986971E84A43A6210DF7951.pdf.

⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 2008*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 313.

Los objetivos del presente análisis permitirán determinar que, a pesar de que la reserva horizontal refleje un estricto apego a la normativa constitucional vigente para las inversiones extranjeras en sectores estratégicos, la aplicación práctica de la reserva así como las posibles arbitrariedades cometidas por las autoridades podría implicar una limitación a las inversiones en los sectores estratégicos. La finalidad de esta investigación será descriptiva crítica toda vez que se desglosará el contenido de la reserva del Ecuador, a fin de determinar que el cumplimiento de estos requisitos por parte del inversionista implicaría una limitación a la inversión extranjera.

Capítulo primero

Generalidades del régimen de inversiones en el Ecuador

Toda vez que el comercio de servicios está estrechamente ligado al régimen económico de un país, así como a la regulación en materia de inversiones, en el presente Capítulo se analizará el régimen de inversiones en el Ecuador. Para tales efectos, este análisis partirá desde la perspectiva constitucional y se enfocará, en particular, en lo aplicable al ámbito de sectores estratégicos y la participación de inversionistas extranjeros en los mismos.

Posteriormente se examinará el tratamiento constitucional a los tratados internacionales en el Ecuador, para finalmente exponer la relación entre la regulación de las inversiones extranjeras en un país con el comercio de servicios.

1. Régimen económico general previsto desde 1945.

El autor Aurelio Menéndez ha indicado que las Constituciones deben contar con un régimen económico ya que éstas están llamadas a contar con un conjunto de normas que consagren principios y reglas por las que ha de regirse la actividad económica de los ciudadanos y también del Estado.⁸ Esto es necesario debido al deber de las Constituciones de “determinar el sistema económico del país, del régimen de propiedad de los bienes de producción, de las funciones y límites que fijan la intervención del Estado en la economía, [...] y goce efectivo de los derechos de las personas”.⁹

En este sentido, el régimen económico de las Constituciones hace referencia al “grupo de preceptos constitucionales que poseen la función de habilitar, orientar y limitar la acción económica del Estado”.¹⁰ Esto implica además que, “el Estado actúe en la economía fijando el marco jurídico en el que la actividad económica total deba desarrollarse”,¹¹ lo que conlleva que la Constitución determine principios y fundamentos que se desarrollarán a través de normativa interna, la cual no deberá contradecirlos.

⁸ Aurelio Menéndez, *Constitución, Sistema Económico y Derecho Mercantil* (Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1982), 29

⁹ Jaime Vintimilla, “La Constitución Económica del Ecuador”, *Iuris Dictio* 16, n.º 17 (febrero-julio 2015): 131, https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/iurisDictio/archivo_de_contenidos/Documents/IurisDictio_16/iurisdicio_016_007.pdf.

¹⁰ *Ibíd.*, 129

¹¹ Roberto Mordeglia, *Elementos del Derecho Constitucional Económico* (Buenos Aires: La Ley, 1990), 240

También es pertinente indicar que el derecho constitucional económico en muchos casos es estudiado según las ideologías políticas y tendencias que se encontraban en vigencia en cada momento histórico.¹² Sin embargo, el régimen económico de las Constituciones se circunscribe sobre varios elementos jurídicos como el modelo económico, los principios económicos que regirán la actividad de los ciudadanos, normas sobre la libre competencia, principios económicos, planificación económica, y derechos de propiedad privada o igualdad; conviniendo emprender un análisis de la presencia de estos elementos en las últimas seis Constituciones que han estado vigentes en el Ecuador.

Debido a los cambios mundiales que trajo consigo la Segunda Guerra Mundial, como punto de partida se analizará las Constituciones ecuatorianas a partir de la Constitución del año 1945, en particular porque ésta fue la primera en incluir aspectos económicos y sobre relaciones internacionales. Las Cartas Magnas a partir de mediados del siglo pasado se caracterizaban por la implantación de “un sistema de planificación económica rígidamente centralizado y administrativo”,¹³ así como por guiar los primeros esfuerzos hacia la apertura del comercio. Bajo ese lineamiento, esta norma constitucional fue la primera –y más avanzada en ese entonces- en “regular las actividades económicas en general, introduciendo la planificación como política obligatoria”.¹⁴

En lo económico, la norma garantizó el derecho a la propiedad con las limitaciones que exijan las necesidades sociales; estableció que el régimen económico responderá a los principios de justicia social y buscará liberar de la miseria a los ecuatorianos, incluso afirmando que el derecho de la propiedad estará sujeto al interés colectivo.¹⁵ En el mismo sentido, el artículo 146 de la Constitución de 1945 establecía que “el Estado regulará las actividades de la vida económica nacional [y que] procurará mantener el estímulo necesario para asegurar el aporte de iniciativa privada”.¹⁶ Para decidir la participación privada en la economía del país, la norma antes citada disponía que “el Estado dictará los planes adecuados, a los que se someterán las actividades privadas”.¹⁷

Finalmente, la Constitución de 1945 le facultaba al Estado la nacionalización de empresas privadas que presten servicios públicos. Como se puede apreciar, esta Carta tuvo una ideología económica centralista en donde el poder de decisión económica se

¹² Martín Bassols, *Constitución y sistema económico* (Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1988), 36

¹³ *Ibíd.*, 37

¹⁴ Milton Alava, *40 años de constitucionalismo* (Quito: Editorial Voluntad, 2000), 27

¹⁵ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1945*, Registro Oficial 228, 6 de marzo de 1945, art. 146.

¹⁶ *Ibíd.*

¹⁷ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1945*, art. 146

mantuvo bajo el Estado Central. En palabras de Juan Paz y Miño, esta norma constitucional:

Introdujo el concepto de nacionalización en caso de que así lo exijan los intereses económicos del país, proscribió el mantenimiento de tierras incultas, proclamó el sistema cooperativo y reprodujo tres principios [...] uno, las riquezas del subsuelo pertenecen al Estado en forma “inalienable e imprescriptible”, y ahora igual dominio habrá sobre los bienes arqueológicos; dos, los pueblos y caseríos que carecen de tierras y aguas los tendrán aun tomándolos de las propiedades inmediatas (previa indemnización); y, tres, el trato nacionalista sobre las concesiones a empresarios del país y del extranjero, sometidos a la jurisdicción interna.¹⁸

Sin perjuicio de lo anterior, esta Carta Magna fue suspendida por el ex Presidente Velasco Ibarra, quien “convocó a una nueva Asamblea Constituyente, la cual, homogeneizada por grupos conservadores redactó una nueva Constitución que ‘en el nombre de Dios’ fue aprobada el 31 de diciembre de 1946”.¹⁹

El régimen económico de la Constitución del año 1946 se desarrolló al amparo de un Consejo Nacional de Economía, el cual funcionaba como un órgano “de estudio de los problemas económicos y orientación de las finanzas del país”.²⁰ Este Consejo fue considerado como la creación más importante de esta Carta, pues “hizo posible que el Ejecutivo pudiera dictar decretos leyes de emergencia en materia económica”.²¹ Una vez aprobados los decretos leyes por parte de este órgano, éstos se comunicaban al Congreso únicamente con fines de notificación, razón por la cual Montúfar la calificó como una norma que “expresó la reinscripción de la influencia de la derecha en la política ecuatoriana”.²²

En ciertos ámbitos, esta norma constitucional mantuvo el régimen económico de la anterior, con la salvedad del mencionado Consejo Nacional de Economía, “lo que anticipa un criterio de racionalidad o planificación económica”.²³ Sin perjuicio de lo anterior, esta Constitución perduró por más de 20 años y fue el instrumento que permitió que el Presidente Galo Plaza Lasso instaure varias políticas económicas tendientes a la modernización estatal²⁴ a través de Decretos Ejecutivos de emergencia, los que

¹⁸ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, *Historia y Economía* VIII, n° 06, (junio de 2007): 12, <http://the.pazymino.com/boletinJunio07A.pdf>

¹⁹ César Montúfar, *La Reconstrucción Neoliberal* (Quito: Ediciones Abya Yala, 2000), 24

²⁰ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1946*, Registro Oficial 773, 20 de agosto de 1946, art. 79

²¹ Rafael Arízaga, *Las Constituyentes* (Quito: Editorial Fraga, 1998), 248

²² César Montúfar, *La Reconstrucción Neoliberal*, 25

²³ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 13.

²⁴ Por ejemplo la creación del Banco Nacional del Fomento o las Juntas Provinciales de Progreso Local.

permitieron que este Presidente cambie “la percepción de las elites respecto al papel del Estado en las tareas de promoción del desarrollo económico”.²⁵

La Constitución de 1946 mantuvo la planificación centralizada de la economía como su eje central, pero fue más flexible al contar con la posibilidad de que el Ejecutivo pueda emitir decretos en situaciones de emergencia. Por la eficiencia de dicho modelo, éste fue instaurado también en los gobiernos de Velasco Ibarra y de Camilo Ponce hasta los años sesenta.

La Constitución de 1967 estableció un régimen económico más abierto, y fue muy propensa a la apertura hacia la iniciativa privada, ya que fue considerada como una norma “desarrollista”. Su artículo 86 establecía que “la actividad privada recibirá estímulo del Estado para la creación de nuevas empresas”,²⁶ pero con la obligación del Estado de impedir que dichas empresas crezcan con detrimento al bien común, la seguridad, libertad o dignidad humana. Además, en esta Constitución el Estado asumía la obligación de fomentar la economía popular, y se sancionaba a cualquier forma de abuso del poder económico.²⁷

Esta Carta Magna fue la primera en contemplar una norma tendiente al fortalecimiento de la integración comercial regional.²⁸ Finalmente, en esta Constitución “la actividad económica del Estado pasa a ser una especie de ‘complemento’ de la actividad privada, contra la que incluso no debe competir en forma ‘desleal’ y deja de ser una esfera de acción propia, de interés nacional mayor que el interés particular”.²⁹

Por la flexibilidad económica de esta norma, varios tratadistas han expresado que en el marco de la Constitución de 1967 se dio el primer redescubrimiento del petróleo, que “destapó el interés empresarial por explotarlo en condiciones desventajosas para el Estado y con una legislación tempranamente ‘privatizadora’ [que fomentó una escandalosa] época de concesiones, incluso a compañías fantasmas”.³⁰ En tal sentido, y debido a otros motivos de orden político, se instauró el gobierno Nacionalista y Revolucionario de las Fuerzas Armadas, el cual promulgó la Constitución del año 1979, aprobada mediante referéndum.

²⁵ César Montúfar, *La Reconstrucción Neoliberal*, 26

²⁶ *Ibíd.*, art. 86

²⁷ *Ibíd.*, art. 89

²⁸ *Ibíd.*, art. 92

²⁹ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 14.

³⁰ *Ibíd.*

Este cuerpo normativo consideró que el sistema económico debía contemplar un papel activo –y centralizado- del Estado en la economía. Así, el artículo 45 de dicha norma dispuso que “el desarrollo, en un sistema de economía de mercado, propende al incremento de la producción y tiende fundamentalmente a conseguir un proceso de mejoramiento y progreso integral de todos los ecuatorianos”.³¹ En palabras de Paz y Miño, esta norma constitucional fue la primera en definir, aunque en un sentido genérico,³² un sistema económico a nivel constitucional, al prescribir preceptos sobre el sistema de economía de mercado.

El tratadista indica que el sistema económico de mercado fue genérico debido a que la economía de mercado consiste en un sistema en donde “las actividades económicas que realizan los individuos o unidades económicas son realizadas sobre la base de sus planes autónomos, dado que existe la propiedad privada”.³³ Sin embargo, en este caso el Estado tuvo una amplia participación en el sistema, en detrimento de una estructura institucional que sirva únicamente para corregir posibles fallas del mercado. Sin perjuicio de lo anterior, algunos tratadistas consideran que gracias a esta norma suprema y a su régimen económico “creció la empresa privada ecuatoriana y tuvo impulso el [...] desarrollo del país”.³⁴

La Constitución de 1979 tuvo una larga vigencia, abarcando incluso el retorno a la democracia en el Ecuador, en donde hubo algunos gobiernos con su propio tinte ideológico. Así por ejemplo, al referirse al gobierno de Sixto Durán Ballén,³⁵ los tratadistas indican que “en materia económica [...] afirmó el ‘retiro’ del Estado, promovió definitivamente las ‘privatizaciones’ y consolidó un modelo empresarial inaugurado en 1984, en una época definitivamente marcada por el derrumbe del socialismo, el auge de la ‘globalización’, la expansión de la ideología neoliberal”.³⁶ Así por ejemplo, se promulgó la Ley de Modernización del Estado la cual contempló “una política de desinstitucionalización y privatización total del Estado”.³⁷ Además, se emitieron normas

³¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1979*, Registro Oficial 800, 27 de marzo de 1979, art. 45.

³² Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 15.

³³ Marcelo Resico, *Introducción a la economía social de mercado* (Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, SA), 50.

³⁴ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 14.

³⁵ En su mandato del 10 de agosto de 1992 al 10 de agosto de 1996.

³⁶ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 16.

³⁷ *Ibíd.*, 9

de carácter financiero que flexibilizaron el control gubernamental sobre las actividades de dicho sector.³⁸

Es importante indicar que, en el marco de la Constitución de 1979³⁹ el Ecuador se adhirió a la Organización Mundial del Comercio el 21 de enero de 1996.⁴⁰ El Ecuador fue el primer país en adherirse a la OMC, principalmente debido a la intención de nuestro país de que se dé una solución a las restricciones interpuestas por la Unión Europea a las exportaciones de banano ecuatoriano, ante lo cual una vez que Ecuador ingresó a la OMC, activó el Órgano de Solución de Diferencias de dicha institución. Por otro lado, la adhesión del Ecuador a la OMC trajo como consecuencia que el Ecuador asuma las obligaciones tendientes a la liberalización económica de su mercado.

Posteriormente, se promulgó la Constitución del año 1998, que en su artículo 242 establecía que la economía “responderá a los principios de eficiencia, solidaridad, sustentabilidad y calidad”.⁴¹ A diferencia de la anterior Carta Magna, esta norma especificaba que el sistema económico sería social de mercado, en donde sus principales objetivos consistieron en garantizar las actividades económicas, establecer programas de inversión pública y referenciales para el sector privado, impulsar la libre competencia e incentivar el pleno empleo.⁴²

El sistema social de mercado “se basa en la organización de los mercados como mejor sistema de asignación de recursos y trata de corregir y proveer las condiciones institucionales, éticas y sociales para su operatoria eficiente y equitativa”.⁴³ Así, la diferencia con el sistema económico de mercado radica en el ejercicio de actividades económicas con responsabilidad social y en base a principios de solidaridad y cooperación, es decir hacia la realización de otros objetivos ajenos a lo netamente económico y monetario. Además, esta norma constitucional también contenía ideas

³⁸ En 1994 se promulgó la Ley de Instituciones del Sistema Financiero que permitió que grandes grupos empresariales se beneficien a través de acuerdos colusorios y segmentación de mercados. *Vid.* Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 9.

³⁹ En aquella época también tuvo lugar el Consenso de Washington, el cual consistió en una serie de recomendaciones del Banco Mundial, el BID y de autoridades gubernamentales de EEUU en donde la recomendación número seis del Consenso sugería la liberalización del comercio en base a la liberación de las importaciones, la eliminación de las restricciones cuantitativas. *Vid.* Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado* (Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Justicia, 2008), 205.

⁴⁰ Ecuador, *Protocolo de Adhesión a la Organización Mundial del Comercio*, Registro Oficial No 853, Suplemento, 2 de enero de 1996.

⁴¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, Registro Oficial 01, 11 de agosto de 1998, art. 242.

⁴² *Ibíd.*, art. 244

⁴³ Marcelo Resico, *Introducción a la economía social de mercado*, 107.

privatizadoras y tendientes a un nuevo retiro del Estado dentro de las actividades económicas.⁴⁴

Finamente, la Constitución del año 2008, que junto con la anterior respondieron a sendos procesos constituyentes, establece un sistema económico social y solidario, reconociendo al ser humano como sujeto y fin, y buscando una relación dinámica y equilibrada entre la sociedad, Estado y mercado.⁴⁵ En palabras de Vintimilla, a este sistema económico “se lo puede dividir en base a tres principios organizativos: capitalista, intervencionista o de economía dirigida y de producción solidaria”.⁴⁶ Esto implica un sistema económico seguido de una intervención estatal que se dirige también al cumplimiento de los derechos de las personas como colectividad.

En este sentido, este instrumento constitucional establece que el sistema económico tendrá por objetivo “garantizar la producción y reproducción de las condiciones materiales e inmateriales que posibiliten el buen vivir”.⁴⁷ Además, dispone que el sistema se integre por formas de organización pública, privada, mixta, popular y solidaria,⁴⁸ donde se denota un evidente “modelo de economía solidaria que reconoce al ser humano como centro de la economía”⁴⁹ para alcanzar fines más amplios que los económicos.

Adicionalmente, a pesar del régimen económico social y solidario de la actual norma constitucional, en donde los objetivos económicos se dirigían más hacia el cumplimiento de los derechos de las personas y a alcanzar el *buen vivir*,⁵⁰ es pertinente notar que en el marco de la misma el Ecuador se adhirió al Acuerdo Comercial Multipartes que la Unión Europea había suscrito con Colombia y Perú.

Como se puede ver, a lo largo del tiempo las Constituciones ecuatorianas han regulado la economía nacional, a través de normas generales que incluían ciertos elementos económicos que regulaban la intervención estatal. Posteriormente se regulaba

⁴⁴ Juan Paz y Miño, “Constituyentes, Constituciones y Economía”, 18.

⁴⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 283

⁴⁶ Jaime Vintimilla, “La Constitución Económica del Ecuador”, 131.

⁴⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 283

⁴⁸ *Ibíd.*, art. 283

⁴⁹ Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 208

⁵⁰ Según Rafael Quintero este concepto “orienta el modo de vivir, norma las relaciones de los seres humanos en base a principios igualitarios, comunitarios, recíprocos: se alimenta del diálogo con la naturaleza y en una dimensión espiritual [y orienta la generación de políticas] hacia la consecución de derechos, libertades y oportunidades”. *Vid* Rafael Quintero, “Las innovaciones conceptuales de la Constitución de 2008 y el Sumak Kawsay”, *El Buen Vivir*, comp. Alberto Acosta. (Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009), 85

la economía a través un sistema económico de mercado, el cual no estaba definido de forma concreta, para después pasar a un sistema social de mercado con énfasis en el beneficio de la sociedad. Finalmente, el Ecuador cuenta en la actualidad con un sistema social y solidario, que vincula las actividades económicas y la intervención del Estado no solo para corregir fallos del mercado, sino también para cumplir con los derechos de las personas.

Lo anterior evidencia también cómo las políticas económicas del país estuvieron ligadas a una ideología política que definió la apertura del Estado hacia una economía abierta o hacia una centralizada con una amplia intervención del Estado, particularmente en las Constituciones de 1979 y 2008. Sin perjuicio de lo anterior, y para utilidad del presente análisis, es indispensable también el conocer cuál era el tratamiento constitucional de las Cartas Magnas antes mencionadas a las inversiones extranjeras en el Ecuador.

2. Tratamiento constitucional de las inversiones extranjeras en sectores estratégicos

Las Constituciones están llamadas a regular la inversión extranjera toda vez que, en base a su régimen económico, los recursos comprometidos y la garantía de los derechos a la que está obligado, “el Estado siempre limita la decisión inicial de invertir y la orientación posterior que las actividades la empresa tomarán en la economía receptora”.⁵¹ En el mismo sentido, las Constituciones regulan estas actividades debido a “la importancia que esta tiene para los países menos desarrollados, por la transferencia de tecnología que trae, el mejoramiento de la competitividad y el efecto positivo sobre la producción”,⁵² además del ingreso de divisas y la generación de empleo.

Toda vez que, en muchos casos la inversión extranjera va de la mano con los recursos agotables o los sectores estratégicos⁵³ de un país, han surgido tendencias estatales dirigidas a una “intervención y control de algunas o todas las actividades de los inversionistas extranjeros [...], con variantes que dependen del grado de novedad de una actividad, ya sean en cuanto a las operaciones de una empresa en cierto país, o en cuanto

⁵¹ Arturo Borja, “Inversión Extranjera Directa y Desarrollo”, *El Trimestre Económico* 222(2), n° 56, (1989): 513

⁵² Cristina Vargas, “Modificación del Régimen Jurídico de la Inversión Extranjera en Colombia”, *CIDOB d’Afers Internacionals* 24, n°23, (1992): 139

⁵³ Es pertinente definir a los sectores estratégicos, en donde la Constitución actual indica en su artículo 313 que: *Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social.*

a la entrada del país a un campo de actividad particular”.⁵⁴ Por esta razón, a continuación se analizará el nivel de control e intervención estatal en las inversiones extranjeras en los denominados sectores estratégicos, a través de las Constituciones de estos 73 años.

En lo que respecta a la Constitución de 1945, y bajo el criterio de Arízaga, ésta fue promulgada con la intención de “terminar con un régimen económico incompatible con una organización política democrática”.⁵⁵ Por esta razón, en lo vinculado con la participación privada en la economía, su artículo 146 establecía que el Estado regularía “las actividades de la vida económica nacional, a fin de obtener el máximo aprovechamiento de la riqueza y la distribución más justa de ella [procurando] mantener el estímulo necesario para asegurar el aporte de la iniciativa privada”.⁵⁶ Para tales efectos, el artículo antes citado disponía que el Estado elaboraría las políticas a las que se someterían las iniciativas privadas.

En cuanto a la inversión extranjera en sectores estratégicos, esta Carta Magna establecía que le correspondía al Estado “el dominio directo de todos los minerales o sustancias que, en vetas, mantos o yacimientos, constituyan depósitos o concentraciones cuya naturaleza sea diversa de la del suelo. Este dominio es inalienable e imprescriptible”.⁵⁷ Una vez que la Constitución establecía la titularidad estatal de los recursos naturales, debía regular también su forma de explotación.

El artículo 146 de la Constitución de 1945 disponía que el Estado “explotará preferentemente en forma directa las riquezas del subsuelo”,⁵⁸ pero que podrá hacer concesiones a personas naturales o jurídicas constituidas conforme a las leyes ecuatorianas. De esta forma se puede afirmar que en el marco de esta norma el Estado tenía la titularidad para la explotación de los recursos naturales, manteniendo la facultad de delegar su explotación a privados.

El artículo 146 también regulaba las condiciones de acceso a la explotación de recursos naturales. En tal virtud, disponía que el Estado debía “participar justa y equitativamente en el rendimiento de la empresa y de que los concesionarios se obliguen a invertir una parte prudencial de sus utilidades en beneficio de la economía nacional”.⁵⁹

⁵⁴ Constantine Vaitsos, “El cambio de políticas de los gobiernos latinoamericanos con relación al desarrollo económico y la inversión extranjera directa”, *El Trimestre Económico* 16, n° 41, (Enero-Marzo de 1974): 141

⁵⁵ Rafael Arízaga, *Las Constituyentes* (Quito: Editorial Fraga, 1998), 241

⁵⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1945*, 6 de marzo de 1945, art. 146

⁵⁷ *Ibíd.*

⁵⁸ *Ibíd.*

⁵⁹ *Ibíd.*

Otra de las condiciones de acceso consistía en la prohibición de transferir sus derechos a terceros, sin autorización estatal. Además, estas concesiones estaban sujetas, en cierto punto, a la decisión del Presidente, y en casos de mucha importancia, a la autorización del Congreso o la Comisión Legislativa Permanente.⁶⁰

Otras condiciones de acceso a mercado que regulaba la Constitución de aquel año consistían en la obligatoriedad de que las personas naturales o extranjeras se domicilien en el país, renunciando también a cualquier reclamación diplomática. Finalmente, se mantenían ciertas prohibiciones por cuestiones de seguridad, en donde el inversionista extranjero no podía “adquirir ni conservar el dominio sobre tierras o aguas, establecer industrias ni obtener concesiones mineras, en una faja de cincuenta kilómetros medidos hacia el interior desde la línea de fronteras y de costas, ni en el territorio insular”.⁶¹ Bajo la misma línea, el artículo 146 indicaba que en las áreas de defensa territorial, “las personas naturales o jurídicas extranjeras no podrán, en ningún caso, adquirir propiedades raíces, tener explotaciones agrícolas o industriales, ni establecer su domicilio”.⁶²

La Constitución de 1946, que intentó ser más flexible en comparación a la anterior. Dejó abierto el tratamiento de acceso al mercado de sectores estratégicos a la inversión extranjera. Solamente su artículo 38 establecía que no podrán ser senadores ni diputados los que tengan contratos o concesiones para la explotación de riquezas nacionales.⁶³ Además, indicó que “todo contrato que un extranjero o una compañía extranjera celebraren con el Gobierno del Ecuador o cualquiera persona natural o jurídica ecuatoriana, llevará siempre, expresa o tácita la condición de renuncia a toda reclamación diplomática”.⁶⁴

Sobre las condiciones de acceso en materia de seguridad, que también estaba regulada por la Constitución anterior, el artículo 184 disponía que “la ley determinará la zona fronteriza en la cual sea prohibido a los extranjeros adquirir o mantener derechos reales sobre inmuebles o administrarlos”.⁶⁵ En base a lo anterior, se puede afirmar que la norma constitucional del año 1946 mantuvo la titularidad del Estado sobre los sectores estratégicos, pero fue muy abierta y flexible en cuanto a la inversión extranjera directa.

⁶⁰ *Ibíd.*

⁶¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1945*, 6 de marzo de 1945, art. 146

⁶² *Ibíd.*

⁶³ *Ibíd.*, art. 38

⁶⁴ *Ibíd.*, art. 177

⁶⁵ *Ibíd.*, art. 184

La Constitución de 1967 contenía normas sobre la participación de extranjeros en los sectores estratégicos y tuvo gran flexibilidad en lo que respecta a la participación de la inversión privada y extranjera. Incluso en aquella época se afirmó que el Ecuador debía “brindar toda clase de garantías para los inversionistas o capitalistas extranjeros o nacionales que deseen contribuir a su desarrollo económico y social; su concurso no es indispensable”.⁶⁶

Sin perjuicio de lo anterior, el Estado mantuvo su titularidad sobre los recursos “estratégicos”. Así, sobre la propiedad de ciertos recursos naturales la constitución, disponía que:

Pertenece asimismo al Estado: el zócalo y la plataforma submarinos, los minerales y más substancias que constituyen depósitos o concreciones de composición diversa de la del suelo. Este dominio es también inalienable e imprescriptible, pero pueden otorgarse concesiones para la racional exploración y explotación de tales minerales o sustancias, con arreglo a la ley.⁶⁷

Dicha norma suprema disponía también que “el aprovechamiento de los recursos naturales, cualesquiera sean sus dueños, se regulará de acuerdo con las necesidades de la economía nacional”⁶⁸ y que se “protegerá a las inversiones privadas destinadas a obras de infraestructura”.⁶⁹ De esto se presume que podía haber titularidad privada en recursos naturales y, por tanto, su explotación; pero sujeta a la necesidad de la economía nacional, por lo que se abría la posibilidad para que el Estado explote dichos recursos. En el mismo sentido, su artículo 59 disponía que “el Estado se reserva el derecho a explotar determinadas actividades económicas para suplir, fomentar y complementar la iniciativa privadas, sin menoscabo de los intereses legítimos de esta”.⁷⁰

El artículo 90 de dicha norma disponía que “en derechos y obligaciones, el capital extranjero se equipara al nacional; pero el Estado puede reservar al capital ecuatoriano determinados sectores de inversión”.⁷¹ De las normas antes citadas se puede apreciar cómo esa Constitución no regulaba de forma estricta el acceso de la inversión privada a los sectores estratégicos y establecía un régimen de complementariedad y excepción en lo que respecta a la participación pública. Incluso para las reservas de acceso en materia de seguridad, esta Constitución era amplia al afirmar que el Estado determinará “las zonas

⁶⁶ Milton Alava, *40 años de constitucionalismo*, 169

⁶⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1967*, artículo 55

⁶⁸ *Ibíd.*, art. 56

⁶⁹ *Ibíd.*, art. 86

⁷⁰ *Ibíd.*, art. 59

⁷¹ *Ibíd.*, art. 90

territoriales sobre las cuales los extranjeros no pueden ejercer dominio ni ejecutar actos de posesión”⁷² así como la común prohibición de reclamo diplomático de ese entonces.

La Constitución del año 1979 es la más importante para efectos del presente trabajo de investigación. Como se analizó en líneas anteriores, esta norma fue restrictiva en lo que se respecta a la participación de inversión privada y extranjera en sectores estratégicos ya que estableció “sectores en los que no se admiten las inversiones efectuadas por empresas extranjeras [así como] otros sectores de actividad en que se la admite previa autorización”.⁷³ Así, el artículo 46 de dicha Carta magna establecía que:

Son áreas de explotación económica reservadas al Estado: a) los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo y todos los minerales y sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo; b) los servicios de agua potable, fuerza eléctrica y telecomunicaciones; c) las empresas estratégicas definidas por la ley.

El Estado ejerce sus actividades en las ramas empresariales o actividades económicas que, por su trascendencia o magnitud, puedan tener decisoria influencia económica o política y se haga necesario orientarlas hacia el interés social.

El Estado, excepcionalmente, puede delegar a la iniciativa privada el ejercicio de cualquiera de las actividades económicas antes mencionadas, en los casos que la ley establezca.⁷⁴

En esta Constitución la participación privada y extranjera en sectores estratégicos se permitía por excepción. En tal virtud, el artículo 16 de dicha Constitución establecía la común prohibición de reclamación diplomática para contrataciones entre el Estado y entidades privadas extranjeras, pero fue más estricta al disponer que “si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se puede convenir la sujeción a una jurisdicción extraña”.⁷⁵ Como condición de acceso, la norma constitucional también desarrollaba la reserva de acceso en materia de seguridad, y disponía que:

Las personas naturales o jurídicas extranjeras ni directa ni indirectamente pueden adquirir o conservar el dominio u otros derechos reales sobre bienes inmuebles, ni arrendarlos, obtener el uso de aguas, establecer industrias, explotaciones agrícolas, domicilio civil o residencia, ni celebrar contratos sobre recursos naturales no renovables y en general sobre productos del subsuelo y todos los minerales o sustancias cuya naturaleza sea distinta de los del suelo, en una faja de 50 kilómetros medida hacia el interior de la línea de frontera o de las playas de mar, ni en el territorio insular, salvo que en cualquiera de estos casos se obtuviera la autorización correspondiente que prevé la ley.⁷⁶

A pesar de la larga vigencia de esta Constitución, en los años 90 se implementaron varias reformas económicas para fomentar las inversiones extranjeras. En referencia a

⁷² *Ibíd.*, art. 60

⁷³ Juan Carlos Bustamante, “Inversión Extranjera en América Latina/Ecuador”, *Inversión Extranjera en América Latina. Aspectos Legales*, coord. Pablo Berckholts. (Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1991), 111

⁷⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1979*, art. 46

⁷⁵ *Ibíd.*, art. 16

⁷⁶ *Ibíd.*, art. 18

estas medidas, Muñoz ha indicado que éstas implicaron un nuevo modelo económico centrado en el fomento de exportaciones, la apertura de las fronteras para la libre circulación de capitales así como la limitación de la participación pública en sectores estratégicos, que fueron concesionadas al sector privado.⁷⁷

En el mismo sentido, en el marco de esta Carta Magna, el Ecuador se adhirió a la Organización Mundial del Comercio. En tal virtud, las negociaciones de adhesión, principalmente en el ámbito del comercio de servicios, estuvieron guiadas por el mandato de esta Constitución en lo que respecta a la inversión en sectores estratégicos. Como se verá en el Capítulo II de esta investigación, en el proceso de negociación se tomó en cuenta que la concesión de acceso pleno a los inversionistas a recursos del sector estratégico “pueden dar lugar a su sobreexplotación y posiblemente a su agotamiento”,⁷⁸ en donde “si el comercio se liberaliza, el país con derechos de propiedad precarios agotará rápidamente sus existencias del recurso”.⁷⁹

La Constitución de 1998 estableció un sistema social de mercado que “promovía la inversión privada y extranjera en la economía, la cual garantizaba la libertad de las empresas y obligaba al Estado a estimular la libre competencia y los mercados competitivos”.⁸⁰ Sin perjuicio de lo anterior, esta norma tenía un tratamiento similar al analizado en líneas precedentes en lo que respecta a la inversión extranjera en sectores estratégicos. El artículo 247 de esta Carta Magna establecía que:

Son de propiedad inalienable e imprescriptible 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.

Estos bienes serán explotados en función de los intereses nacionales. Su exploración y explotación racional podrán ser llevadas a cabo por empresas públicas, mixtas o privadas, de acuerdo con la ley.

Será facultad exclusiva del Estado la concesión del uso de frecuencias electromagnéticas para la difusión de señales de radio, televisión y otros medios. Se garantizará la igualdad de condiciones en la concesión de dichas frecuencias. Se prohíbe la transferencia de las concesiones y cualquier forma de acaparamiento directo o indirecto por el Estado o por particulares, de los medios de expresión y comunicación social.⁸¹

La norma antes citada confirma la concepción de titularidad estatal frente a los recursos que, hoy en día, son considerados como estratégicos, y amplía su alcance al

⁷⁷ Pabel Muñoz. *Ecuador: reforma del Estado y crisis política, 1992. 2005, 2006*, http://www.scielo.org.mx/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S1405-22532017000100210

⁷⁸ Organización Mundial del Comercio, *Informe sobre el Comercio Mundial*, 2010, 82

⁷⁹ *Ibíd.*, 85

⁸⁰ Lourdes Loja, “La inversión extranjera directa en el Ecuador durante el periodo 1979-2011: análisis de su incidencia en el crecimiento económico” (tesis de grado, Universidad de Cuenca, 2003), 49.

⁸¹ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, art. 247

incluir al sector de las frecuencias electromagnéticas para las telecomunicaciones. En relación al acceso a los mercados para inversionistas extranjeros, la norma estipulaba la común renuncia a las reclamaciones diplomáticas, especificando que “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”.⁸² Adicionalmente, se mantuvo la prohibición que los extranjeros adquieran títulos de propiedad en zonas de seguridad nacional.

Sin perjuicio de lo anterior, la anterior Constitución contenía importantes referencias de acceso a los mercados a las inversiones extranjeras. Así, por ejemplo, el artículo 244 establecía que dentro del sistema social económico se garantizaría que “las actividades empresariales pública y privada recibirán el mismo tratamiento legal. Se garantizaran la inversión nacional y extranjera en iguales condiciones”.⁸³ Finalmente, la Constitución de 1998 también contenía una norma para mayor protección de las inversiones extranjeras, al estipular que:

El Estado garantizará los capitales nacionales y extranjeros que se inviertan en la producción, destinada especialmente al consumo interno y a la exportación.

La ley podrá conceder tratamientos especiales a la inversión pública y privada en las zonas menos desarrolladas o en actividades de interés nacional.

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.⁸⁴

Como se puede apreciar, la Constitución de 1998 fue muy abierta hacia la inversión extranjera, ya que plasmó un evidente trato nacional a través de “un modelo económico mayormente liberal en el que Estado facilita la libre competencia y en el cual la inversión nacional y extranjera se sujetan a las mismas condiciones”.⁸⁵ Bajo esta misma línea, tampoco estableció mayores condiciones o reservas en materia de acceso a los mercados para las inversiones en sectores estratégicos.

Finalmente, la actual Constitución del año 2008 mantiene una ideología proteccionista frente a los recursos naturales o sectores estratégicos, y regula la inversión extranjera privada de forma más estricta. En esta norma constitucional, el Estado asume un rol “de instauración de competencias de operación directa y estratégica de ciertos

⁸²Ibíd., art 14

⁸³ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, art. 244

⁸⁴ Ibíd., art. 271

⁸⁵ Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 208

sectores y actividades”.⁸⁶ Desde su primer artículo, la actual Carta Magna dispone que “los recursos naturales no renovables del territorio del Estado pertenecen a su patrimonio inalienable, irrenunciable e imprescriptible”.⁸⁷ En el mismo sentido, el artículo 408 de la Constitución indica lo siguiente:

Son de propiedad inalienable, imprescriptible e inembargable del Estado los recursos naturales no renovables y, en general, los productos del subsuelo, yacimientos minerales y de hidrocarburos, sustancias cuya naturaleza sea distinta de la del suelo, incluso los que se encuentren en las áreas cubiertas por las aguas del mar territorial y las zonas marítimas; así como la biodiversidad y su patrimonio genético y el espectro radioeléctrico. Estos bienes sólo podrán ser explotados en estricto cumplimiento de los principios ambientales establecidos en la Constitución. El Estado participará en los beneficios del aprovechamiento de estos recursos, en un monto que no será inferior a los de la empresa que los explota. El Estado garantizará que los mecanismos de producción, consumo y uso de los recursos naturales y la energía preserven y recuperen los ciclos naturales y permitan condiciones de vida con dignidad.⁸⁸

Bajo esta misma línea, la Constitución del 2008 estableció un régimen sólido y de excepción en lo que respecta a las inversiones extranjeras en los denominados sectores estratégicos. Así, a pesar de que el artículo 339 de la Constitución establezca el deber estatal de promover las inversiones extranjeras, el mismo artículo dispone que “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 [...]”.⁸⁹

Adicionalmente, se trata de la primera Constitución que define a los sectores estratégicos. Así, el artículo 313 de la norma constitucional dispone:

El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. Los sectores estratégicos, de decisión y control exclusivo del Estado, son aquellos que por su trascendencia y magnitud tienen decisiva influencia económica, social, política o ambiental, y deberán orientarse al pleno desarrollo de los derechos y al interés social. Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.⁹⁰

⁸⁶ Gustavo Guerra, *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*, Informe de Investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2010, 6

⁸⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 1

⁸⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 408

⁸⁹ *Ibíd.*, art. 339

⁹⁰ *Ibíd.*, art. 313

Para la ejecución de esta titularidad estatal, el artículo 315 establece que de forma general el Estado “constituirá empresas públicas para la gestión de sectores estratégicos [...] el aprovechamiento sustentable de recursos naturales y el desarrollo de otras actividades económicas”.⁹¹ Como complemento de lo anterior, la norma constitucional “contempla la posibilidad excepcional de que [...] la gestión de los sectores estratégicos pueda delegarse a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria”.⁹² Así, la Constitución establece que:

El Estado podrá delegar la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos a empresas mixtas en las cuales tenga mayoría accionaria. La delegación se sujetará al interés nacional y respetará los plazos y límites fijados en la ley para cada sector estratégico. El Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, en los casos que establezca la ley.⁹³

En cuanto a otras reservas para el establecimiento de personas jurídicas y otros modos de acceso a mercados, la actual Constitución reitera la prohibición de reclamación diplomática, pero estipula una prohibición en materia de solución de controversias, cuyo espíritu tiende a evitar las constantes reclamaciones a nivel internacional en contra del Ecuador, y que fueron presentadas al amparo de Tratados Bilaterales de Inversión. Dicha norma dispone:

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. En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.⁹⁴

Como se aprecia en los párrafos precedentes, a excepción de lo dispuesto por la Constitución de 1946, la titularidad sobre los sectores estratégicos siempre ha sido concedida al Estado. Por otro lado, cada una ha regulado de diferente forma las condiciones de acceso para su gestión por parte de privados.

⁹¹ *Ibíd.*, art 215

⁹² Ramiro Ávila, *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*, 164

⁹³ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, art. 316

⁹⁴ *Ibíd.*, art. 422

En cuanto a las condiciones de acceso al mercado, éstas dependieron en gran medida de la ideología económica y política que estuvo detrás de cada Constitución. Así, por ejemplo, la Carta de 1967 estableció a la inversión pública como un complemento a la extranjera mientras que la del 79 fue más restrictiva en cuanto a la delegación de estas actividades a los privados. En contraste, la Constitución de 1998 tuvo una tendencia liberal al momento de garantizar un tratamiento igualitario a la inversión privada y pública.

Sin perjuicio de lo anterior, conviene resaltar a la Constitución del 2008 como la norma fundamental que ha regulado a estos sectores y a la inversión de forma más concreta y restrictiva. Así, por ejemplo, es la primera Constitución en establecer la complementariedad de la inversión extranjera a la nacional, en crear el concepto de sectores estratégicos y en establecer la excepcionalidad de la inversión privada en los sectores estratégicos, situación que posteriormente fue regulada a través del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

Tomando en cuenta que en la presente investigación se analizará la adhesión del Ecuador a la OMC así como el Acuerdo Comercial suscrito con la Unión Europea, conviene analizar la posición de los instrumentos internacionales dentro de la jerarquía del ordenamiento jurídico ecuatoriano.

3. Tratamiento constitucional de los tratados internacionales.

Desde hace varios años surgió la problemática relacionada con la relación entre el derecho internacional y el derecho interno de los Estados y su jerarquía. En consecuencia surgieron sólidas tendencias doctrinarias “entre aquellos que sostenían una separación entre ambos ordenamientos jurídicos –los llamados dualistas- y quienes, como los llamados monistas, afirmaban la unidad entre el derecho internacional y el derecho interno”.⁹⁵ En el mismo sentido, para explicar la jerarquía de las normas, Hans Kelsen indicó que “existe una norma superior y una norma inferior, una norma jurídica es válida por haber sido creada en la norma establecida por otra, así que la primera constituye la razón de validez de la segunda y a este vínculo que existe entre las dos se le llama Supra o subordinación”.⁹⁶

⁹⁵ Edmundo Vargas, *Derecho Internacional Público* (Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007), 191

⁹⁶ Hans Kelsen, *Teoría General del Derecho y del Estado* (México: UNAM, 1995), 35

Bajo la jerarquía de Kelsen, vinculada al sistema monista antes indicado, existe “un conjunto de normas jurídicas, todas las cuales dependen de un orden rigurosamente jerárquico y en el cual las normas de derecho interno se encuentran subordinadas a las del derecho internacional”.⁹⁷ Esto implica a su vez, que “un Estado no puede ordenar su sistema jurídico interno sin tener en cuenta y respetar las normas jurídicas internacionales”.⁹⁸

En el Ecuador se ha instaurado un sistema monista, el cual “sostiene que el derecho internacional preside una concepción unitaria de todo el derecho”,⁹⁹ es decir que forma parte del ordenamiento jurídico interno de un Estado. Sin embargo, es pertinente conocer cuál ha sido la jerarquía de las normas en las Constituciones que han estado en vigencia desde 1945, para definir cuál ha sido la norma suprema que determine la validez de las demás normas en el ordenamiento jurídico ecuatoriano.

Para el presente acápite, y retornando a la apreciación de la evolución histórica de los preceptos constitucionales, la Constitución de 1945 resulta relevante toda vez que fue la primera en incluir preceptos de carácter internacional.¹⁰⁰ De esta forma, introdujo la declaración de que el Ecuador acataría las normas de derecho internacional en su artículo 6. No obstante lo anterior, la Carta Magna fue superior a los tratados internacionales. El artículo 163 disponía que la “Constitución es la Ley Suprema de la Republica. Por tanto, no tienen valor las leyes, decretos, ordenanzas, reglamentos, acuerdos, órdenes, disposiciones, pactos o tratados públicos que se opongan a ella o alteren de cualquier modo sus prescripciones”.¹⁰¹

La Constitución de 1946 contenía una serie de normas generales que regulaban el proceso de aprobación de los tratados y su jerarquía normativa. En cuanto a los instrumentos internacionales, el artículo 5 de dicha norma disponía que el “Ecuador acata las normas del Derecho Internacional, y proclama el principio de cooperación y buena vecindad entre los Estados, y la solución, por medios jurídicos, de las controversias internacionales”.¹⁰² Al Presidente le correspondía de negociación y suscripción de instrumentos internacionales, previa aprobación del Congreso en un solo debate.¹⁰³

⁹⁷ Edmundo Vargas, *Derecho Internacional Público*, 198

⁹⁸ Modesto Seara, *Derecho Internacional Público* (México: Editorial Porrúa, 2001), 43

⁹⁹ Humberto Nogueira, *Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*, 04 de febrero de 2018, <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/30.pdf>.

¹⁰⁰ Milton Alava, *40 años de constitucionalismo*, 74

¹⁰¹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1945*, art. 163

¹⁰² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1946*, art. 5

¹⁰³ *Ibíd.*, art. arts. 92.7 y 71

En cuando a la jerarquía de las normas, esta Carta Magra solamente disponía que “la Constitución es la suprema norma jurídica de la República. Por tanto no tendrán valor alguno las Leyes, Decretos, Reglamentos, Ordenanzas, Disposiciones, Pactos o Tratados Públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella o se aparten de su texto”.¹⁰⁴ Como se puede ver, a pesar de no regular los instrumentos comerciales de forma expresa sino que definiéndolos como Pactos o Tratados Públicos, la Constitución de 1946 contenía jerarquía supra constitucional de dicha Constitución por sobre los instrumentos internacionales.

La siguiente Constitución del año 1967 contenía normas similares a la anterior, con variaciones en cuanto a la aprobación del instrumento. Así, su artículo 257 disponía que “la Constitución es la suprema norma jurídica del Estado. Todas las demás deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. Por tanto, no tendrán valor alguno las leyes, decretos, reglamentos, ordenanzas, disposiciones y tratados públicos que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción con ella”.¹⁰⁵ De esta forma se aprecia cómo esta norma constitucional reitera que los tratados públicos, entendidos estos como los instrumentos internacionales, deberán encuadrarse a lo dispuesto en la Constitución, al ser jerárquicamente inferiores.

En cuando al proceso de suscripción de los acuerdos internacionales, el artículo 9 de la Constitución de 1967 disponía que el Ecuador proclama la cooperación como sistema de convivencia internacional así como la integración iberoamericana,¹⁰⁶ para tales efectos, el Presidente tenía nuevamente la facultad de negociación y suscripción de acuerdos internacionales. El Senado debía aprobar únicamente “los tratados que no supongan obligaciones o cargas permanentes para la Hacienda Pública o para los ciudadanos ecuatorianos ni en general, los que no exijan para su cumplimiento medidas legislativas”.¹⁰⁷ De la descripción normativa citada, se puede afirmar que un acuerdo comercial internacional debía ser aprobado por el Senado.

Finalmente, cabe indicar que esta norma suprema fue la que introdujo por primera vez una norma que resalte la importancia del comercio internacional, al indicar que el Ecuador colaborará con los demás países latinoamericanos “para mejorar las condiciones

¹⁰⁴ *Ibíd.*, art. 189

¹⁰⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1967*, art. 257

¹⁰⁶ *Ibíd.*, art. 9

¹⁰⁷ *Ibíd.*, art. 184.3

de intercambio en el comercio mundial”,¹⁰⁸ lo que sin duda abría la puerta para que el Ecuador suscriba acuerdos internacionales en el ámbito comercial.

El tratamiento a los instrumentos internacionales de la Constitución de 1979 mantuvo la misma línea antes descrita, pero especificando por primera vez que los acuerdos internacionales serán de menor jerarquía de la Constitución. En este sentido, el artículo 137 establecía que:

La Constitución es la ley suprema de Estado. Las normas secundarias y las demás de menor jerarquía deben mantener conformidad con los preceptos constitucionales. No tienen valor alguno las leyes, decretos, ordenanzas, disposiciones y tratados o acuerdos internacionales que, de cualquier modo, estuvieren en contradicción la Constitución o alteraren sus prescripciones.¹⁰⁹

Para efectos de la presente investigación, la norma citada indica claramente que la validez los tratados internacionales –incluidos los comerciales- está subordinada a la Constitución. Esta afirmación reitera el hecho de que las negociaciones de adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio estuvieron guiadas por la Constitución, especialmente en lo que respecta al comercio de servicios y a la inversión en sectores estratégicos.

En cuanto a la suscripción de instrumentos internacionales, se mantuvo la tradición consistente en que el Presidente negocie y suscriba los acuerdos internacionales¹¹⁰ y que el legislativo los apruebe, en este caso la Cámara Nacional de Representantes.¹¹¹ Es importante recalcar que esta norma constitucional no especificaba acerca de los tipos de instrumentos internacionales que podían aprobarse sin necesidad de ser conocidos por la Cámara Nacional, por lo que todo acuerdo era conocido por el máximo órgano del Poder Legislativo.

Además, es menester indicar que esta Constitución no disponía nada acerca de los tratados internacionales comerciales y su tratamiento, con la salvedad de que su artículo 3 indicaba que el Estado acataría los principios del derecho internacional. Sin perjuicio de lo anterior, es importante resaltar nuevamente, que dentro de la vigencia de esta Carta Magna, el Ecuador se adhirió a la Organización Mundial del Comercio, el organismo más importante en materia de comercio exterior.

En cuanto a la Constitución de 1998, su artículo 272 disponía lo siguiente:

La Constitución prevalece sobre cualquier otra norma legal. Las disposiciones de leyes orgánicas y ordinarias, decretos-leyes, decretos, estatutos, ordenanzas, reglamentos,

¹⁰⁸ *Ibíd.*, art. 92

¹⁰⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1979*, art. 137

¹¹⁰ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 1979*, art. 78

¹¹¹ *Ibíd.*, art. 59

resoluciones y otros actos de los poderes públicos, deberán mantener conformidad con sus disposiciones y no tendrán valor si, de algún modo, estuvieren en contradicción con ella o alteraren sus prescripciones.¹¹²

De lo anterior se desprende cómo la Constitución sigue siendo la norma suprema, pero también se aprecia cómo la norma antes citada no se refiere expresamente a los instrumentos internacionales. No obstante, esta Constitución establecía por primera vez que “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”,¹¹³ se puede ver que los instrumentos internacionales eran inferiores a la Constitución pero superiores a las demás normas.

En cuanto al proceso de aprobación de los instrumentos internacionales, al Presidente le correspondía su negociación y ratificación,¹¹⁴ previa facultad del Congreso Nacional para aprobarlos¹¹⁵ siempre y cuando se refieran a materia territorial, militar, los que comprometan al país en materia de integración, los que atribuyan a un organismo internacional competencias constitucionales, los relativos a derechos fundamentales y los que contengan compromisos legislativos.¹¹⁶ Dicha aprobación se realizaba en un solo debate y con mayoría de los miembros del congreso y con dictamen previo de constitucionalidad del Tribunal Constitucional.¹¹⁷

Finalmente, la Constitución del año 2008 es la que más ha regulado a los instrumentos internacionales hasta el momento. Al respecto, el artículo 424 establece:

La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.¹¹⁸

Como se aprecia de la norma antes citada, los tratados internacionales no podrán contradecir a lo dispuesto en la Constitución actual. Con la finalidad de establecer una jerarquía clara de las normas, el artículo 425 establece que “el orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las

¹¹² Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, art. 272

¹¹³ *Ibíd.*, art. 163

¹¹⁴ Ecuador, *Constitución Política de la República del Ecuador de 1998*, art. 171. 12

¹¹⁵ *Ibíd.*, art. 130.7

¹¹⁶ *Ibíd.*, art. 161

¹¹⁷ *Ibíd.*, art. 162

¹¹⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 424

ordenanzas distritales; [...]”.¹¹⁹ Además, para reforzar dicha jerarquía, el artículo 417 dispone expresamente que “los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”.¹²⁰

En cuanto al proceso de suscripción de los instrumentos internacionales el artículo 418 indica que es competencia del Presidente la suscripción de acuerdos internacionales, con la salvedad de que se indica expresamente que la Asamblea Nacional aprobará previamente a los tratados que “comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”.¹²¹

Estando esta Carta Magna en vigencia, el Ecuador se adhirió al Acuerdo Comercial Multipartes, en donde por mandato de las normas antes citadas, su contenido está sujeto a lo que indica la Constitución actual. Para tales efectos, la Corte Constitucional emitió un Dictamen de Constitucionalidad sobre el contenido íntegro de dicho instrumento internacional.

Desde la Constitución de 1945 los instrumentos internacionales han sido reconocidos como parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano. Dentro del sistema monista de la incorporación de los tratados internacionales en el ordenamiento jurídico interno, y a excepción de los tratados internacionales de derechos humanos en el marco de la actual norma constitucional, se ha mantenido la concepción de que los tratados internacionales estarán sujetos a lo que indique la Constitución como norma jurídica suprema. Así, los instrumentos internacionales tenían menor jerarquía que las Cartas Magnas, situación que fue perfeccionada en 1998 cuando dicha Constitución especificó que los instrumentos serán inferiores a dicha norma pero de mayor jerarquía que el resto de legislación. Lo anterior permite que la legislación esté en concordancia con la Constitución y tratados internacionales.

4. Relación del régimen de inversiones en el comercio de servicios

Analizando el contenido de las líneas anteriores, surge el cuestionamiento sobre cuál es el vínculo de las inversiones extranjeras en sectores estratégicos con el comercio de servicios que es regulado a través de las normas de la OMC o del Acuerdo Comercial Multipartes. Al respecto, vale la pena resaltar que el régimen económico de cada una de las Constituciones recientes, así como su regulación en sectores estratégicos, coadyuva a

¹¹⁹ *Ibíd.*, art. 425

¹²⁰ *Ibíd.*, art. 417

¹²¹ *Ibíd.*, art. 419. 6

entender cuál fue la ideología económica y la planificación e intervención estatal vigente cuando el Ecuador se adhirió a la OMC así como al Acuerdo Comercial Multipartes.

Este análisis permitió identificar que las Constituciones protegían particularmente a los sectores y actividades relacionadas con los recursos agotables de los Estados, como los minerales. Además, se han regulado actividades vinculadas a otro tipo de recursos, como el espectro radioeléctrico. Todo esto siempre se ha vinculado con condiciones de acceso al mercado como son los requisitos de domiciliación, obtención de títulos habilitantes, entre otros.

Por otro lado, tomando en cuenta la jerarquía normativa, en donde los tratados internacionales están sujetos a lo que disponga la Constitución, con el análisis realizado se puede comprender cómo las negociaciones para la adhesión del Ecuador a la OMC como al Acuerdo Multipartes debían seguir el mandato constitucional vigente. En la misma línea, dichas negociaciones estuvieron guiadas por el tratamiento constitucional a las inversiones extranjeras en los sectores estratégicos.

Adicionalmente, el comercio de servicios está fuertemente regulado por las Constituciones ya que, como se ha visto en las líneas precedentes, sea cual sea la forma en que el inversionista obtiene un derecho de explotación, las normas constitucionales regulan no solo el régimen económico de un país; sino también la explotación de los recursos no renovables, la participación de privados extranjeros en dichas actividades y demás condiciones de acceso a mercados. Además, conforme la tradición jerárquica en materia de instrumentos internacionales, estos son en la mayoría de casos inferiores a la Constitución, por lo que estarán sujetos a sus disposiciones.

Tomando en consideración que las Constituciones que han estado vigentes en el Ecuador en los últimos 73 años han regulado a la inversión extranjera y por ende al comercio de servicios, surge la necesidad de analizar el significado del Comercio Internacional de Servicios, a fin de poder entender su regulación normativa, sus generalidades, características y los compromisos del Ecuador en esta materia.

Capítulo Segundo

El Comercio Internacional de Servicios

Por la importancia que tiene el estudio del régimen jurídico del comercio de servicios, visto como una rama del derecho comercial internacional que regula en cierto modo las inversiones extranjeras, en el presente capítulo se analizará la naturaleza y alcance del comercio de servicios. Para tales efectos, será importante el análisis de su regulación internacional a nivel multilateral; es decir, a través de las normas del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios de la Organización Mundial del Comercio, así como a nivel bilateral a través del Acuerdo Comercial que rige las relaciones comerciales entre Ecuador y la Unión Europea. Todo esto permitirá aproximar este estudio a su relación con los sectores estratégicos en nuestro régimen nacional.

1. Características y regulación del sistema multilateral

El comercio de servicios está enmarcado dentro del concepto de comercio exterior. Tratadistas como Ballesteros Román han afirmado que el comercio exterior “es aquella actividad económica basada en los intercambios de bienes, capitales y servicios que lleva a cabo un determinado país con el resto de los países del mundo, regulado por normas internacionales o acuerdos bilaterales”.¹²² Siendo esto así, el comercio de servicios viene a ser una especie dentro del género comercio exterior.

La definición de comercio internacional de servicios es una tarea compleja. Se podría afirmar que el proveer un servicio significa realizar una actividad concreta en beneficio de un consumidor, quien asume la obligación de pagar un precio por ser beneficiario de dicha actividad. Sin embargo, la globalización, la alternabilidad y mutabilidad de las actividades económicas, y el surgimiento de nuevas formas de hacer negocios han alterado a dicho concepto. Una aproximación adecuada podría ser la de Hill, quien ha definido al comercio internacional de servicios como:

El cambio que experimentan las condiciones de una persona, o de un bien perteneciente a alguna unidad económica, por efecto de la actividad desarrollada por una otra unidad económica, previa aprobación de la primera persona o unidad económica. Así al centrar la atención en el cambio se evita caracterizar el servicio como intangible. También se debe distinguir entre la producción de un servicio y su resultado; el resultado de una

¹²² Alfonso Ballesteros, *Comercio exterior: teoría y práctica* (Murcia Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2001), 11

actividad de servicio es el cambio que experimentan las condiciones de la persona o del bien en cuestión y es diferente del proceso de producción del servicio, que es la actividad que afecta a la persona o a los bienes pertenecientes a una unidad económica.¹²³

Analizando la definición antes resumida, Elsa Mora ha afirmado que “la actividad que realiza un productor de servicios debe producir un cambio en la condición del consumidor”.¹²⁴ En este sentido, cuando un técnico instala una maquina en una fábrica, o cuando un abogado defiende a una persona en un proceso, o cuando un repartidor entrega un bien comprado por internet, se está alterando la condición del consumidor en su beneficio y a través de la realización de una actividad concreta en su beneficio o provecho.

Por otro lado, por la complejidad de definir al comercio de servicios, se ha optado por diferenciarlos del comercio de bienes, en donde partiendo de esta diferenciación, los servicios se caracterizan por ser perecederos, invisibles e intangibles; mientras que los bienes son visibles, tangibles y el consumidor puede decidir cuándo consumirlos. Así también, la doctrina también ha definido a los servicios como “cualquier servicio o actividad laboral realizada a través de fronteras internacionales para satisfacer las necesidades del receptor o consumidor, y que se realizan aparte de la satisfacción de las necesidades provistas por productos físicos”.¹²⁵

En términos jurídicos, por la característica cambiante del concepto de comercio de servicios, los instrumentos normativos que regulan el comercio de servicios han optado por establecer las formas o modos en las que el servicio puede ser prestado. Estos son cuatro, el suministro transfronterizo, o modo 1; el consumo en el extranjero, o modo 2; la presencia comercial, o modo 3; y la presencia de personas físicas, o modo 4. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, que forma parte del Acuerdo de Marrakech de la Organización Mundial del Comercio, fue el primer instrumento internacional en regular al comercio de servicios, así como en definir a sus modos de suministro, razón por la cual es necesario conocer cómo los acuerdos administrados por la OMC regulan actualmente al comercio de servicios.

1.1. La Organización Mundial del Comercio

¹²³ Ted Hill, *En bienes y servicios* (Norwich: Universidad de Anglia del Este, 1977), 318

¹²⁴ Elsa Mora, *La regulación del comercio de servicios*, 136

¹²⁵ Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, trad. libre (Oxford: Hart Publishing, 2008), 598.

A partir de la Declaración de Bretton Woods, las naciones se preocuparon por la regularización del comercio internacional.¹²⁶ Posteriormente, tras la creación de la ONU, “se condujeron negociaciones multilaterales en el marco del Consejo Económico y Social de la ONU, las cuales en 1946 culminaron con la adopción de la resolución que estuvo a favor de formar la Organización Internacional de Comercio”.¹²⁷ En el marco de esta organización, se realizaron negociaciones que culminaron con la creación del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio (GATT) en el año 1947. Posteriormente, se debía regular e institucionalizar a la Organización Internacional de Comercio, lo cual nunca sucedió, principalmente por cuestiones políticas.¹²⁸

Por el intento fallido de crear una sólida institución internacional dedicada a la regulación del comercio internacional, el GATT, que únicamente regulaba el comercio de mercancías, sirvió como marco jurídico e institucional para la regulación del comercio internacional. En su seno, se realizaron varias rondas de negociaciones entre sus miembros,¹²⁹ en donde en 1986 inició la Ronda de Uruguay, la cual:

No solamente continuo con el objetivo de liberalizar el comercio a través de reducciones arancelarias y la eliminación de barreras no arancelarias al comercio, sino que también expandió el sistema multilateral de comercio más allá de las mercancías para incluir, *inter alia*, al comercio de servicios y a los derechos de propiedad intelectual [...] Finalmente, y más importante, a través de esta ronda los miembros acordaron la creación de la Organización Mundial del Comercio, una organización formal que uniría todos los acuerdos dentro de un marco institucional.¹³⁰

Como consecuencia de la finalización de la Ronda de Uruguay, la Organización Mundial del Comercio fue constituida a través del Acuerdo de Marrakech, el cual creó a este organismo con personería jurídica internacional, y con la finalidad de que éste sirva como “el marco institucional común para el desarrollo de las relaciones comerciales entre sus Miembros en los asuntos relacionados con los acuerdos e instrumentos jurídicos conexos”.¹³¹ La OMC es “el único organismo multilateral que crea, regula y administra las reglas de comercio entre las naciones”,¹³² por lo que sus Miembros están sujetos a sus

¹²⁶ La idea de crear una organización comercial de carácter internacional surgió en la conferencia de Bretton Woods (New Hampshire. 1944).

¹²⁷ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, trad. libre (Nueva York: The Oxford International Law Library, 2006), 2

¹²⁸ En 1950, Estados Unidos decidió apartarse de la creación de la OIC debido a la oposición del Congreso de ese año, lo que produjo que no se cree dicha organización.

¹²⁹ Antes de la Ronda de Uruguay se dieron 7 rondas cuyo objetivo principal consintió en la reducción de aranceles.

¹³⁰ Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 70

¹³¹ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 1994, artículo II

¹³² Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 74

principios rectores. Estos principios son la no discriminación, la liberalización del comercio, la previsibilidad de las relaciones comerciales, la competencia justa y el trato especial y diferenciado a países en vías de desarrollo.

Las funciones de la OMC también están definidas en el Acuerdo antes citado, y son las siguientes:

La OMC facilitará la aplicación, administración y funcionamiento del presente Acuerdo y de los Acuerdos Comerciales Multilaterales y favorecerá la consecución de sus objetivos, y constituirá también el marco para la aplicación, administración y funcionamiento de los Acuerdos Comerciales Plurilaterales.

La OMC será el foro para las negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales en asuntos tratados en el marco de los acuerdos incluidos en los Anexos del presente Acuerdo. La OMC podrá también servir de foro para ulteriores negociaciones entre sus Miembros acerca de sus relaciones comerciales multilaterales, y de marco para la aplicación de los resultados de esas negociaciones, según decida la Conferencia Ministerial.

La OMC administrará el Entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias (denominado en adelante "Entendimiento sobre Solución de Diferencias" o "ESD") que figura en el Anexo 2 del presente Acuerdo.

La OMC administrará el Mecanismo de Examen de las Políticas Comerciales (denominado en adelante "MEPC") establecido en el Anexo 3 del presente Acuerdo.

Con el fin de lograr una mayor coherencia en la formulación de las políticas económicas a escala mundial, la OMC cooperará, según proceda, con el Fondo Monetario Internacional y con el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento y sus organismos conexos.¹³³

Como se puede apreciar, las principales funciones de la OMC se pueden resumir de la siguiente manera: (1) administración de los acuerdos multilaterales de la OMC, (2) servir como foro de negociaciones entre sus miembros, (3) administrar el sistema de solución de controversias, (4) administrar el examen de políticas comerciales de sus miembros, y (5) cooperación con otras instituciones internacionales como el Fondo Monetario Internacional y el Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento.

No está de más indicar que, por mandato expreso del artículo II.2 del Acuerdo de Marrakech, las obligaciones contenidas en los Acuerdos administrados por la OMC son de imperativo cumplimiento¹³⁴. De esta manera, bajo un supuesto de incumplimiento de dichas obligaciones, el Miembro afectado tiene el derecho de iniciar un proceso de solución de controversias en el marco del Entendimiento de Solución de Diferencias, cuyo cumplimiento también es obligatorio para los Miembros.

¹³³ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 1994, artículo III

¹³⁴ Dicho artículo dispone: Los acuerdos y los instrumentos jurídicos conexos incluidos en los Anexos 1, 2 y 3 (denominados en adelante "Acuerdos Comerciales Multilaterales") forman parte integrante del presente Acuerdo y son vinculantes para todos sus Miembros. *Vid. Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 1994, artículo II

El Acuerdo de Marrakech contiene también los acuerdos negociados entre los miembros, los cuales “son esencialmente contratos vinculantes que proveen a la comunidad de comercio internacional de las reglas del juego para el comercio internacional”.¹³⁵ Los acuerdos comerciales están divididos en cuatro Anexos. Estos Anexos son los siguientes, el primero es el Anexo 1, el cual se divide en tres al regular el comercio de mercancías (Anexo 1A), el comercio de servicios (Anexo 1B) y los aspectos del comercio relacionados con la propiedad intelectual (Anexo 1C). Los demás Anexos regulan al proceso de solución de controversias (Anexo 2), al examen de políticas comerciales (Anexo 3) y a los acuerdos plurilaterales de la OMC (Anexo 4).¹³⁶

1.2. Acuerdos Multilaterales de la OMC

Los Acuerdos Multilaterales que la OMC administra son varios. En materia de comercio de mercancías, se tiene el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994;¹³⁷ el Acuerdo sobre la Agricultura; el Acuerdo sobre la Aplicación de Medidas Sanitarias y Fitosanitarias; el Acuerdo sobre los Textiles y el Vestido; el Acuerdo sobre Obstáculos Técnicos al Comercio; el Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio; el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VI del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; el Acuerdo relativo a la Aplicación del Artículo VII del Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de 1994; el Acuerdo sobre Inspección Previa a la Expedición; el Acuerdo sobre Normas de Origen; el Acuerdo sobre Procedimientos para el Trámite de Licencias de Importación; el Acuerdo sobre Subvenciones y Medidas Compensatorias; y el Acuerdo sobre Salvaguardias.¹³⁸

Cuando un país desee adherirse a la Organización Mundial del Comercio debe iniciar un proceso de adhesión, el cual también está regulado por el Acuerdo de Marrakech. El artículo XII de dicho instrumento dispone que:

Todo Estado o territorio aduanero distinto que disfrute de plena autonomía en la conducción de sus relaciones comerciales exteriores y en las demás cuestiones tratadas en el presente Acuerdo y en los Acuerdos Comerciales Multilaterales podrá adherirse al

¹³⁵ Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 74

¹³⁶ Los Acuerdos Plurilaterales solamente están vigentes para los miembros que voluntariamente los ratifiquen. Estos son el Acuerdo sobre Comercio de Aeronaves Civiles y el Acuerdo sobre Contratación Pública.

¹³⁷ El cual fue incluido dentro de los acuerdos que administra la OMC como GATT de 1947.

¹³⁸ En la Conferencia Ministerial de Bali del año 2013, los miembros culminaron la negociación del Acuerdo sobre Facilitación del Comercio, el cual se añadiría al Anexo 1A y que entró en vigencia en febrero de 2017. Este Acuerdo no está vigente todavía en Ecuador puesto que se encuentra en trámite de ratificación interna.

presente Acuerdo en condiciones que habrá de convenir con la OMC. Esa adhesión será aplicable al presente Acuerdo y a los Acuerdos Comerciales Multilaterales anexos al mismo.

Las decisiones en materia de adhesión serán adoptadas por la Conferencia Ministerial, que aprobará el acuerdo sobre las condiciones de adhesión por mayoría de dos tercios de los Miembros de la OMC.¹³⁹

La norma antes citada dispone que cualquier país que no sea miembro de la OMC, al adherirse, deberá asumir las obligaciones contenidas en los Acuerdos Multilaterales antes citados. Adicionalmente, debe iniciar un proceso de negociación con los demás miembros a fin de definir su lista de compromisos arancelarios en materia de mercancías así como su lista de compromisos en materia de acceso al mercado y trato nacional, en el marco del comercio de servicios.¹⁴⁰

Por motivos del presente análisis, se analizará únicamente en contenido y disposiciones del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios (AGCS), el cual es un Acuerdo Multilateral de la OMC, y por tanto su cumplimiento es obligatorio para todos sus Miembros.

1.2.1. El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, principales características

La iniciativa de contar con un instrumento vinculante sobre comercio de servicios fue impulsada por Estados Unidos en los años 80¹⁴¹ en donde, tras varios estudios, se determinó que “muchos países tenían un potencial interés de liberalizar el comercio de servicios debido a que, por ejemplo, muchos de los países en desarrollo más pobres tenían una potencial ventaja comparativa si se comparaba con sus balanzas de pagos”.¹⁴² Así, una vez que se determinaron los beneficios de establecer reglas del juego en materia de comercio internacional de servicios, se incluyó esta temática en las negociaciones de la Ronda de Uruguay. Una vez finalizada la ronda, se logró contar con el primer instrumento jurídico internacional sobre la materia. Esto marcó un hito tan importante que incluso se

¹³⁹ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*, 1994, artículo XII

¹⁴⁰ Estas negociaciones deben darse de forma bilateral en el marco los artículos XXVIII y XXVIII bis del GATT así como del artículo XXI del AGCS.

¹⁴¹ Antes del AGCS, las negociaciones sobre este ámbito se realizaban de forma bilateral, en donde los principales antecedentes se dieron en el marco de la Comunidad Europea y el TLCAN. *Vid.* Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 604

¹⁴² Joseph Francois y Bernard Hoekman. “Services Trade and Policy”, *Journal of Economic Literature*, trad. libre, n° 48, (2010): 643.

llegó a afirmar que el acuerdo para liberalizar los servicios fue el más importante logro de la Ronda.¹⁴³

El alcance del Acuerdo es simple y claro. El artículo 1 del AGCS dispone que el Acuerdo “se aplica a las medidas adoptadas por los Miembros que afecten al comercio de servicios”.¹⁴⁴ Además, busca “asegurar la transparencia y previsibilidad en las reglas y regulaciones relevantes y promover la liberalización progresiva de los servicios”.¹⁴⁵ Posteriormente, el Acuerdo contiene las obligaciones y disposiciones generales que los miembros deben cumplir, los compromisos específicos que asumieron los miembros, la liberalización progresiva de los servicios, y finalmente las disposiciones institucionales y finales.

Antes de entrar en mayor detalle sobre este instrumento, es importante destacar la diferencia existente entre el comercio de servicios (AGCS) y el comercio de mercancías (GATT). El objetivo del primero consiste en la liberalización de servicios, es decir no interponer medidas que impidan el acceso al mercado de un proveedor o medidas discriminatorias entre nacionales y extranjeros en cuanto a la prestación de servicios. Por otro lado, en el comercio de mercancías los Miembros se comprometen a liberalizar sus aranceles y demás cargas de forma progresiva. Así, se podría afirmar que en materia de comercio de servicios los Miembros asumen una obligación de no hacer,¹⁴⁶ mientras que en comercio de servicios, una de hacer.

Por la imperiosa necesidad de conocer el contenido de este acuerdo, y debido a que existen varias formas de proveer un servicio,¹⁴⁷ es necesario que en el presente análisis se aborden las características inherentes al Acuerdo sobre la materia.

1.2.1.1. Modos de prestación en el comercio de servicios

¹⁴³ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 604

¹⁴⁴ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo 1

¹⁴⁵ Organización Mundial del Comercio Secretaría, *The General Agreement on Trade in Services: An Introduction*, trad. libre (Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2006), 3

¹⁴⁶ A pesar de que en comercio de servicios los Miembros asuman obligaciones de no hacer, existen también el derecho de los Miembros de, en el marco del artículo VI del AGCS, establecer medidas o restricciones bajo la figura de reglamentaciones nacionales.

¹⁴⁷ Eric Leroux, “SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW: WHAT HAVE WE LEARNED?” trad. libre, *Journal of Economic Law* 1, n°47, (2007): 2.

Como se dijo anteriormente, la forma jurídica a través de la cual el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios define a los servicios es a través de los modos de suministro. Así, el artículo I.2 del instrumento antes citado dispone:

A los efectos del presente Acuerdo, se define el comercio de servicios como el suministro de un servicio:

- a) del territorio de un Miembro al territorio de cualquier otro Miembro;
- b) en el territorio de un Miembro a un consumidor de servicios de cualquier otro Miembro;
- c) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante presencia comercial en el territorio de cualquier otro Miembro;
- d) por un proveedor de servicios de un Miembro mediante la presencia de personas físicas de un Miembro en el territorio de cualquier otro Miembro.¹⁴⁸

A los literales antes descritos se los conoce como los cuatro modos de suministro. Frente a la complejidad existente al momento de definir qué es un servicio, la norma multilateral ha establecido estos modos, los cuales no pretenden definir dicho concepto sino más bien establecer las formas en las que se materializa la provisión del servicio. Por tanto, estos modos han sido definidos “dependiendo de la presencia territorial del proveedor y el consumidor así como del tiempo de la transacción”.¹⁴⁹ Además, la regulación de estas formas de suministro implica que las actividades de servicios que no se encuadren en estos cuatro modos, se entienden como no cubiertas por el AGCS, es decir fuera de su ámbito de aplicación.

De esta forma, mientras en materia de comercio de mercancías los miembros asumen compromisos de reducción de sus aranceles y demás cargas, en materia de servicios se asumen compromisos en base a estos cuatro modos de suministro. Debido a la importancia que tiene el alcance de cada uno de estos modos, es imperioso conocer en qué consisten estas modalidades.

1.2.1.1.1. Modo 1 o suministro transfronterizo

El modo 1 o suministro en el extranjero se aplica desde el territorio de un país al otro. Es decir, se “aplica cuando los proveedores del servicio son residentes de un país y proveen sus servicios en otro país, sin que el proveedor y comprador se desplacen de su ubicación física a la del otro”.¹⁵⁰ Para definir este modo, la OMC ha afirmado que se trata

¹⁴⁸ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo I.2

¹⁴⁹ Organización Mundial del Comercio Secretaría, *The General Agreement on Trade in Services: An Introduction*, 3

¹⁵⁰ Joseph Francois y Bernard Hoekman, “Services Trade and Policy”, trad. libre, *Journal of Economic Literature*, n° 48, (2010): 649.

de aquel que “abarca los servicios suministrados de un país a otro”.¹⁵¹ Adicionalmente, doctrinarios también han indicado que en este modo “el servicio traspasa la frontera al igual que una mercancía”.¹⁵²

De esta forma, ninguna de las partes involucradas en la actividad comercial debe trasladarse físicamente. Un ejemplo de este modo se da cuando un abogado ecuatoriano es contratado para preparar un informe jurídico a un cliente que se encuentra en Estados Unidos; o cuando una persona en la India atiende una llamada de un “call center” a una persona que se encuentra en Colombia.

1.2.1.1.2. Modo 2 o consumo en el extranjero

El modo 2 o consumo en el extranjero se aplica cuando una persona consume los servicios de otra en el territorio del proveedor. Se refiere “al traslado del consumidor residente en un país quien se mueve a la localización del proveedor para consumir su servicio”.¹⁵³ También ha sido definido como el modo a través del cual “los consumidores o empresas que utilizan el servicio de otro país”.¹⁵⁴ Así por ejemplo, el turista que viaja a Francia y paga por un café o por visitar un atractivo turístico, se encuentra consumiendo servicios a través de este modo.

1.2.1.1.3. Modo 3 o presencia comercial

El modo 3 o presencia comercial “se refiere a que las personas jurídicas cambian su localización para proveer sus servicios a través del establecimiento de una filial”.¹⁵⁵ Para la OMC, este modo “abarca las empresas extranjeras que abren filiales o sucursales para suministrar servicios en otro país”.¹⁵⁶

Este es el modo más importante para efectos de la presente investigación debido a que “significa efectivamente inversión extranjera”,¹⁵⁷ por su fuerte relación con la domiciliación o constitución de compañías extranjeras en el país receptor. En la misma

¹⁵¹ Organización Mundial del Comercio, “Comercio de Servicios”, *Organización Mundial del Comercio*, 2005, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/services_brochure2015_s.pdf

¹⁵² Geovanny Benavides, *Breve introducción al comercio internacional de los servicios Revista Mutis*, Vol.1 (2011): 33

¹⁵³ Joseph Francois y Bernard Hoekman, “Services Trade and Policy”, trad. libre, *Journal of Economic Literature*, n° 48, (2010): 649.

¹⁵⁴ Organización Mundial del Comercio, “Comercio de Servicios”, *Organización Mundial del Comercio*, 2005, https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/services_brochure2015_s.pdf

¹⁵⁵ Joseph Francois y Bernard. Hoekman, “Services Trade and Policy”, 649.

¹⁵⁶ Organización Mundial del Comercio, “Comercio de Servicios”.

¹⁵⁷ Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, trad. libre (Oxford: Hart Publishing, 2008), 602

línea se ha afirmado que “el modo de suministro central en materia de inversión es el de la presencia comercial”;¹⁵⁸ y que el modo 3 “obliga a la presencia de una empresa prestadora de servicios [por lo que] existe una inversión extranjera directa”.¹⁵⁹

Lo anterior se confirma debido a que este modo de provisión de servicios se aplica exclusivamente a personas jurídicas, quienes permanecerán en el territorio del país receptor con la finalidad de cumplir con su objeto social. En el mismo sentido, la OMC ha indicado que este modo es “el más abierto de todos debido a su papel esencial como impulsor de la prestación internacional de servicios, la transferencia de conocimientos especializados y la mejora de la capacidad de las economías para participar en cadenas de valor mundiales”.¹⁶⁰

Los ejemplos de este modo son claros. Cuando se aprecia la presencia de restaurantes extranjeros o de compañías de hidrocarburos en un país, se está hablando de comercio de servicios modo 3, o de inversión extranjera.

1.2.1.1.4. Modo 4 o presencia de personas físicas

El modo 4 o presencia de personas físicas se refiere “al proceso por el cual los individuos (temporalmente) se trasladan al país del consumidor para proveer el servicio”.¹⁶¹ Implica el traslado de la persona al país receptor del servicio o “el movimiento de los ciudadanos de un país a otro”,¹⁶² en base a diferentes formas en las que el servicio se puede prestar. En el mismo sentido, este modo ha sido definido como aquel que “abarca las personas que se desplazan desde su país para suministrar servicios en otro país”.¹⁶³ Por ejemplo, un consultor alemán que realice una consultoría en España, un Gerente residente de un país que le trasladan a una filial extranjera, o un pasante que se va al extranjero para hacer su pasantía en una empresa.

Cabe destacar, que este modo es el más sensible y menos liberalizado de todos. En consecuencia, éste no regula los derechos laborales de las personas que se trasladan a trabajar en un país receptor. El AGCS no contiene beneficios ni preferencias de índole laboral. En tal virtud, el Acuerdo abre la posibilidad para que las personas que se trasladen

¹⁵⁸ Antonio Fernández-Matos, “Comercio de Servicios: Un complejo proceso de liberalización”, *Revista ICE*, n° 735 (2000): 20

¹⁵⁹ Geovanny Benavides, “Breve introducción al comercio internacional de los servicios”, 33

¹⁶⁰ Organización Mundial del Comercio, “Comercio de Servicios”.

¹⁶¹ Joseph Francois y Bernard Hoekman, “Services Trade and Policy”, 649.

¹⁶² Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 602

¹⁶³ Organización Mundial del Comercio, “Comercio de Servicios”.

lo hagan al amparo de un contrato laboral suscrito en el país de origen, en el país receptor, o en su defecto ejerzan su profesión de forma libre.

1.2.1.2. Principio de la Nación Más Favorecida

Una vez que se han analizado las formas de proveer un servicio regulado a través del AGCS, es indispensable conocer cuáles son los principios que regulan el comercio internacional de servicios, y que se encuentran regulados por dicho instrumento internacional. Así, el principio de la Nación Más Favorecida (NMF) es uno de los pilares de la normativa de la OMC. Para definir su alcance, el artículo II del AGCS indica lo siguiente:

Con respecto a toda medida abarcada por el presente Acuerdo, cada Miembro otorgará inmediata e incondicionalmente a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro un trato no menos favorable que el que conceda a los servicios similares y a los proveedores de servicios similares de cualquier otro país.

Un Miembro podrá mantener una medida incompatible con el párrafo 1 siempre que tal medida esté enumerada en el Anexo sobre Exenciones de las Obligaciones del Artículo II y cumpla las condiciones establecidas en el mismo.

Las disposiciones del presente Acuerdo no se interpretarán en el sentido de impedir que un Miembro confiera o conceda ventajas a países adyacentes con el fin de facilitar intercambios, limitados a las zonas fronterizas contiguas, de servicios que se produzcan y consuman localmente.¹⁶⁴

Este principio implica una obligación de no discriminación, si se otorga una ventaja en materia de servicios a un Miembro de la OMC, ésta deberá ser concedida de forma inmediata e incondicional a otro. Cuando el párrafo 1 del artículo antes citado se refiere a toda medida abarcada por el Acuerdo, se refiere a que la obligación de no discriminación se aplica a todos los sectores y proveedores relacionados con el comercio de servicios,¹⁶⁵ con excepción de los “servicios suministrados en ejercicio de facultades gubernamentales”.¹⁶⁶

Por otro lado, la obligación de otorgar el trato NMF de forma incondicional e inmediata tiene diferentes alcances. Para el término inmediato, se ha afirmado que “implica esencialmente la obligación del Miembro de la OMC de evita demoras al extender un beneficio ya concedido a un proveedor de servicios”.¹⁶⁷

¹⁶⁴ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo II

¹⁶⁵ Organización Mundial del Comercio, “Informe del Grupo Especial de 22 de mayo de 1997”, *Caso Comunidades Europeas- Régimen de importación, venta y distribución de banano*.

¹⁶⁶ *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo I.3.b

¹⁶⁷ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 621.

Por otro lado, la palabra incondicional ha sido interpretada jurisprudencialmente a través de dos vertientes jurisprudenciales. La primera tendencia afirma que el término incondicional “impone a los miembros de la OMC la obligación de no imponer condiciones cuando se concede una ventaja”.¹⁶⁸ La segunda tendencia indica que la incondicionalidad conlleva a que “un miembro de la OMC no puede discriminar entre miembros de la OMC, es decir que no puede imponer condiciones adicionales a las impuestas la vez que ha concedido una ventaja, cuando concede la misma ventaja a un miembro de la OMC”.¹⁶⁹

Sin perjuicio de lo anterior, al tratarse de terminología específica, el alcance de la palabra incondicional se analiza caso a caso. Para tales efectos, en el marco de la OMC se pueden establecer Grupos Especiales que tendrán el objetivo de conocer el caso y emitir un informe al respecto. La parte que no esté de acuerdo con dicho informe podrá apelar al Órgano de Apelación de la OMC.

Cuando el principio NMF se refiere a servicios similares, por la variedad de servicios, se está hablando de un concepto que también depende de análisis que caso a caso se realice. En este sentido, la jurisprudencia de la OMC ha determinado que si un proveedor ofrece el mismo servicio objetado, se debe considerar al servicio como similar.¹⁷⁰ Además, el criterio jurisprudencial hasta el momento también ha afirmado que el análisis de similitud debe hacerse independiente de si los servicios involucrados en el proceso corresponden a diferentes modos. Sin perjuicio de lo anterior, la doctrina ha indicado que es necesario contar con un test de similitud para el comercio de servicios.¹⁷¹

El segundo párrafo del artículo II del AGCS hace referencia a las excepciones que se pueden establecer en materia de comercio de servicios. La excepción aplicable al caso de estudio es la posibilidad de negociar Acuerdos Comerciales en donde se concedan preferencias entre las partes que lo suscriban. En ese sentido, el artículo V AGCS dispone que “el presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte de un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo”.¹⁷²

¹⁶⁸ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 621.

¹⁶⁹ Organización Mundial del Comercio, “Informe del Grupo Especial de 11 de febrero de 2000”, *Caso Canadá- Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*.

¹⁷⁰ Organización Mundial del Comercio, “Informe del Grupo Especial de 11 de febrero de 2000”; Organización Mundial del Comercio, “Informe del Grupo Especial de 22 de mayo de 1997”, *Caso Comunidades Europeas- Régimen de importación, venta y distribución de banano*.

¹⁷¹ Eric Leroux, “SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW” 31.

¹⁷² Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo V

Otra de las excepciones del AGCS son las restricciones por salvaguardia de balanza de pagos, en donde “en caso de existencia o amenaza de graves dificultades financieras exteriores o de balanza de pagos, un Miembro podrá adoptar o mantener restricciones del comercio de servicios”.¹⁷³ Sin duda alguna esta excepción se aplica por motivos macroeconómicos. También se tienen excepciones en materia de seguridad, en donde el AGCS permite que se contravenga el principio NMF en medidas direccionadas al suministro de servicios para la protección de los intereses de la seguridad de un Miembro, las relativas a las materias fisionables o fusionables o a aquellas que sirvan para su fabricación, o las aplicadas en tiempos de guerra o de grave tensión internacional.¹⁷⁴

El AGCS contiene excepciones generales que se podrían aplicar frente a la presencia de otras circunstancias de especial atención. Así, el artículo XIV del AGCS dispone:

A reserva de que las medidas enumeradas a continuación no se apliquen en forma que constituya un medio de discriminación arbitrario o injustificable entre países en que prevalezcan condiciones similares, o una restricción encubierta del comercio de servicios, ninguna disposición del presente Acuerdo se interpretará en el sentido de impedir que un Miembro adopte o aplique medidas:

- a) necesarias para mantener la moral o el orden público;
- b) necesarias para proteger la vida y la salud de las personas y de los animales o para preservar los vegetales;
- c) necesarias para lograr la observancia de las leyes y los reglamentos que no sean incompatibles con las disposiciones del presente Acuerdo, con inclusión de los relativos a:
 - i) la prevención de prácticas que induzcan a error y prácticas fraudulentas o los medios de hacer frente a los efectos del incumplimiento de los contratos de servicios;
 - ii) la protección de la intimidad de los particulares en relación con el tratamiento y la difusión de datos personales y la protección del carácter confidencial de los registros y cuentas individuales;
 - iii) a seguridad;
- d) incompatibles con el artículo XVII, siempre que la diferencia de trato tenga por objeto garantizar la imposición o recaudación equitativa o efectiva de impuestos directos respecto de los servicios o proveedores de servicios de otros Miembros
- e) incompatibles con el artículo II, siempre que la diferencia de trato resulte de un acuerdo destinado a evitar la doble imposición o de las disposiciones destinadas a evitar la doble imposición contenida en cualquier otro acuerdo o convenio internacional que sea vinculante para el Miembro.¹⁷⁵

¹⁷³ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo XII

¹⁷⁴ *Ibíd.*, artículo XIV bis

¹⁷⁵ *Ibíd.*, artículo XIV

Finalmente, como se analizará en los siguientes párrafos, también se pueden aplicar las excepciones que consten en el Anexo sobre el artículo II de cada país. Se trata de una lista de excepciones en donde cada país miembro establece limitaciones y excepciones a los diferentes servicios existente, en su proceso de adhesión a la OMC.

1.2.1.3. Listas de compromisos específicos

Con la finalidad de liberalizar el comercio de servicios, los Miembros de la OMC han asumido compromisos específicos dependiendo del sector de comercio de servicios; mismos que son incluidos en las listas de negociación. Por lo tanto, cuando un miembro se adhiere a la OMC debe iniciar negociaciones con los demás, en donde se establecen compromisos de liberalización en cada sector específico¹⁷⁶ y en base a los cuatro modos de suministro. Esta obligación está contemplada en el artículo XX del AGCS, el cual dispone:

Cada Miembro consignará en una lista los compromisos específicos que contraiga de conformidad con la Parte III del presente Acuerdo. Con respecto a los sectores en que se contraigan tales compromisos, en cada Lista se especificarán:

- a) los términos, limitaciones y condiciones en materia de acceso a los mercados;
- b) las condiciones y salvedades en materia de trato nacional;
- c) las obligaciones relativas a los compromisos adicionales;
- d) cuando proceda, el marco temporal para la aplicación de tales compromisos; y
- e) la fecha de entrada en vigor de tales compromisos.¹⁷⁷

Antes de asumir cualquier compromiso, las listas de negociación deben contener una descripción de los servicios, es decir, se debe “acordar un lenguaje común para describir a los servicios”.¹⁷⁸ Es facultativo de las partes que negocian las listas el escoger el lenguaje que utilizarán. Usualmente se utilizan dos documentos. El primero es la Clasificación Central de Productos de las Naciones Unidas (CCP), la cual divide a los servicios en diferentes sectores y sub-sectores y los asigna un código. En la actualidad existen nuevas versiones de la clasificación de los servicios.

El segundo documento es la Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios¹⁷⁹ elaborada por la Secretaría de la OMC, la cual en cierta forma resume el contenido de la

¹⁷⁶ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 640.

¹⁷⁷ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo XX

¹⁷⁸ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 641.

¹⁷⁹ Organización Mundial del Comercio Secretaría General, *Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios*, 1991, Documento MTN.GNS/W/120.

Clasificación Central de Productos de la ONU. De esta manera, esta lista contiene varios sectores de servicios como los servicios prestados a las empresas, de construcción, de telecomunicaciones, financieros, turismo, transporte, entre otros. Cada sector viene acompañado de un subsector así como de un código de la CCP. Cabe indicar, que el documento más utilizado por los Miembros es la Lista de la Secretaría de la OMC.

Es pertinente indicar que los servicios que no consten en las listas de los miembros se consideran como excluidos de las negociaciones y, por tanto, no hay compromisos de ningún tipo sobre estos. Al contrastar esta situación con el comercio de mercancías, se desprende una diferencia muy importante. Esto porque en materia de mercancías los miembros deben asumir compromisos en todo el universo arancelario, mientras que en comercio de servicios los Miembros deciden en qué sectores asumirán compromisos.

Habiéndose identificado los sectores de servicios, el contenido faltante de las listas son “los tres tipos de compromisos: acceso a mercados, trato nacional y compromisos adicionales”.¹⁸⁰ Estos compromisos pueden variar dependiendo del tipo de servicio ya que “se aplican únicamente al tipo específico de sector que el Miembro ha incluido en su lista”.¹⁸¹ Esto quiere decir que un país asume la obligación de no imponer ciertos tipos de medidas siempre y cuando así lo hayan indicado en sus listas.¹⁸² Siendo esto así, conviene entender primero cuál es el alcance de los compromisos antes citados.

1.2.1.4. Compromisos en acceso a mercados y trato nacional

El compromiso de acceso a los mercados ha sido regulado a través del artículo XVI del AGCS. Dicho artículo dispone lo siguiente:

En lo que respecta al acceso a los mercados a través de los modos de suministro identificados en el artículo I, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de los demás Miembros un trato no menos favorable que el previsto de conformidad con los términos, limitaciones y condiciones convenidos y especificados en su Lista.

En los sectores en que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ningún Miembro mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en su Lista se especifique lo contrario, se definen del modo siguiente:

a) limitaciones al número de proveedores de servicios, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios o proveedores exclusivos de servicios o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;

¹⁸⁰ Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 615.

¹⁸¹ Eric Leroux, “SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW: WHAT HAVE WE LEARNED?”

19.

¹⁸² Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 640.

- b) limitaciones al valor total de los activos o transacciones de servicios en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- c) limitaciones al número total de operaciones de servicios o a la cuantía total de la producción de servicios, expresadas en unidades numéricas designadas, en forma de contingentes o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas
- d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan emplearse en un determinado sector de servicios o que un proveedor de servicios pueda emplear y que sean necesarias para el suministro de un servicio específico y estén directamente relacionadas con él, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- e) medidas que restrinjan o prescriban los tipos específicos de persona jurídica o de empresa conjunta por medio de los cuales un proveedor de servicios puede suministrar un servicio; y
- f) limitaciones a la participación de capital extranjero expresadas como límite porcentual máximo a la tenencia de acciones por extranjeros o como valor total de las inversiones extranjeras individuales o agregadas.¹⁸³

Como se puede evidenciar, el compromiso de acceso a los mercados abarca también la obligación de nación más favorecida y, además, especifica las medidas que vulneran al acceso a los mercados. Al realizar esta puntualización, el artículo XVI “pretende capturar las medidas que restringen el comercio y la competencia y por lo tanto al acceso a los mercados a través de la aplicación de limitaciones cuantitativas que usualmente no son consideradas como discriminatorias”.¹⁸⁴ Adicionalmente, es pertinente indicar que para un sector de servicios, un país puede conceder acceso a los mercados o no para los diferentes modos de comercio de servicio existentes.¹⁸⁵

En lo que respecta a los compromisos de Trato Nacional, el artículo XVII del AGCS dispone:

En los sectores inscritos en su Lista y con las condiciones y salvedades que en ella puedan consignarse, cada Miembro otorgará a los servicios y a los proveedores de servicios de cualquier otro Miembro, con respecto a todas las medidas que afecten al suministro de servicios, un trato no menos favorable que el que dispense a sus propios servicios similares o proveedores de servicios similares.

Todo Miembro podrá cumplir lo prescrito en el párrafo 1 otorgando a los servicios y proveedores de servicios de los demás Miembros un trato formalmente idéntico o formalmente diferente al que dispense a sus propios servicios similares y proveedores de servicios similares.

Se considerará que un trato formalmente idéntico o formalmente diferente es menos favorable si modifica las condiciones de competencia en favor de los servicios o

¹⁸³ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo XVI

¹⁸⁴ Eric Leroux, “SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW: WHAT HAVE WE LEARNED?” 19.

¹⁸⁵ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 648.

proveedores de servicios del Miembro en comparación con los servicios similares o los proveedores de servicios similares de otro Miembro.¹⁸⁶

Este compromiso implica que el país miembro asume la obligación de no discriminar entre el proveedor extranjero y el proveedor nacional.¹⁸⁷ Esta obligación abarca tanto a las actividades de discriminación *de iure* y *de facto*. Como ya se ha mencionado, esta obligación de Trato Nacional se aplica “únicamente con respecto al sector de servicio enlistado en la lista de los Miembros y al igual que los compromisos en materia de acceso a los mercados, está sujeto a cualquier reserva que pudiera tener un Miembro”.¹⁸⁸

Finalmente, es importante indicar que los compromisos en materia de Acceso a Mercados y Trato Nacional se deben plasmar en la lista de cada Miembro. Además, en cada modo de suministro de servicios el Miembro debe indicar si establece reservas o no. De esta manera, si el Miembro no quiere tener un compromiso se debe plasmar la palabra “sin consolidar”, y si el Miembro ha otorgado acceso a mercados o trato nacional se establece la palabra “ninguna”.

1.2.1.5. Otras exclusiones y condiciones

La lista de negociación puede contener condicionamientos o reservas en las concesiones de acceso a mercados o trato nacional. Al respecto, el artículo XVIII del AGCS dispone:

Los Miembros podrán negociar compromisos con respecto a medidas que afecten al comercio de servicios pero no estén sujetas a consignación en listas en virtud de los artículos XVI o XVII, incluidas las que se refieran a títulos de aptitud, normas o cuestiones relacionadas con las licencias. Dichos compromisos se consignarán en las Listas de los Miembros.¹⁸⁹

Este compromiso implica que, aparte de las obligaciones que los países puedan asumir en materia de acceso a mercados y trato nacional, “los Miembros tienen, en principio, la libertad de negociar cualquier compromiso adicional a los incluidos en sus columnas de los artículos XVI y XVII”.¹⁹⁰ Estos compromisos no deben ser interpretados

¹⁸⁶ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo XVII

¹⁸⁷ Eric Leroux, “SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW: WHAT HAVE WE LEARNED?”, 19.

¹⁸⁸ Eric Leroux, “SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW: WHAT HAVE WE LEARNED?”, 30.

¹⁸⁹ *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo XVIII

¹⁹⁰ Mitsuo Matsushita, Thomas Schoenbaum y Petros Mavroidis, *The World Trade Organization: Law, practice and policy*, 668.

como limitaciones, y pueden incluir requisitos de calificaciones profesionales, estándares técnicos, licenciamiento o cumplimiento de ciertos procesos.

Adicionalmente, estos compromisos adicionales deben guardar conformidad con el artículo VI del AGCS. En otras palabras, deben ser fundamentados en la legislación nacional de cada Miembro y deberán ser razonables, objetivos, imparciales. Para una mejor ilustración, a continuación se podrá apreciar un extracto de una lista que contiene lo analizado en líneas anteriores.

Cuadro 1
Ejemplo de lista de compromisos específicos

Sector o Subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
A Servicios de enseñanza primaria Servicios de financiación privada únicamente (parte de CCP 921)	1) Sin consolidar 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar.	1) Sin consolidar 2) Ninguna 3) Sin consolidar 4) Sin consolidar,	De conformidad con el artículo 3 de la Ley de Educación, los profesionales deberán contar con título de cuarto nivel.

Fuente: Organización Mundial del Comercio
Elaboración propia.

En el cuadro precedente se aprecia en la primera columna que el Estado Miembro decidió definir sus sectores a través de la Clasificación Central de Productos de la ONU. En la segunda y tercera columna se desprenden los compromisos en todos los modos de suministro que el Miembro ha asumido para dicho servicio, los cuales varían entre sí. Finalmente, la última columna contiene una reserva específica que el Estado ha establecido únicamente para ese sector.

1.2.1.6. Reservas horizontales

En sus listas, los miembros también pueden establecer reservas de carácter general y aplicables a todos los sectores de la lista. A este tipo de reservas se le conoce como reservas horizontales. La condición jurídica de las reservas horizontales es *sui generis*

puesto que no hay norma que las regule. Estas surgieron como una estrategia de negociación que evitaba que las partes tengan que establecer sus condiciones sector por sector. Por tanto, surgió la positiva práctica o convención de formato consistente en establecer reservas generales que apliquen a todo sector.¹⁹¹

Por otro lado, también se puede afirmar que las reservas horizontales devienen de limitaciones imperativas que los países deben imponer a todos los sectores negociados, debido a fundamentos de soberanía nacional, régimen constitucional vigente, y la protección de otros intereses superiores como los derechos humanos y el interés público. En una lista, una reserva horizontal se la puede apreciar de la siguiente manera:

Cuadro 2
Ejemplo de reserva horizontal

Sector o Subsector	Descripción de la reserva
TODOS LOS SECTORES	La inversión en determinadas actividades económicas relacionadas con la explotación de sectores estratégicos o para la prestación de servicios públicos se requerirá la previa obtención de derechos de concesión, licencias, autorizaciones u otro título habilitante de conformidad con la respectiva legislación aplicable.

Fuente: Acuerdo Comercial Multipartes
Elaboración propia.

2. Ecuador y el comercio de servicios en la OMC

Posterior a su creación, Ecuador fue el primer país en adherirse a la Organización Mundial del Comercio, la cual en un inicio estuvo conformada por los miembros que fueron parte de la Ronda de Uruguay así como del GATT.¹⁹² Ecuador se adhirió a la Organización Mundial del Comercio el 21 de enero de 1996, a través del Protocolo de Adhesión del Ecuador a la OMC.¹⁹³ Uno de los documentos anexos a ese Protocolo es el documento WT/L/77/Add.2, el cual contiene la lista positiva del Ecuador en materia de comercio de servicios.

Los sectores negociados por el Ecuador en materia de comercio de servicios son los siguientes: servicios prestados a las empresas, servicios de comunicaciones, servicios

¹⁹¹ Organización Mundial del Comercio, *El Comercio de Servicios en la OMC* (Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2014), 144.

¹⁹² Para mayor información se puede consultar la lista de adhesiones a la OMC a través del siguiente link: https://www.wto.org/spanish/thewto_s/acc_s/completeacc_s.htm

¹⁹³ La adhesión del Ecuador a la OMC fue publicada en el Registro Oficial 853 de enero de 1996

de construcción y de ingeniería, servicios de distribución, servicios relacionados con el medio ambiente, servicios financieros, servicios de seguros, servicios sociales y de salud, servicios de turismo, servicios de esparcimiento y servicios de transporte. A continuación se reflejarán las reservas horizontales negociadas por el Ecuador en su acceso a la OMC, así como algunos ejemplos de sus compromisos específicos.

Cuadro 3
Reservas horizontales de Ecuador

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas físicas

Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
<p>COMPROMISOS HORIZONTALES</p> <p>Todos los sectores incluidos en la presente lista</p>	<p>En la legislación nacional se especifican las siguientes restricciones al acceso a los mercados y al trato nacional:</p> <p>4) Sin consolidar, excepto en lo que se refiere a las siguientes categorías de personal: Gerente: Persona física que ocupa el cargo más alto y se encarga principalmente de la gestión del establecimiento, bajo la supervisión general del consejo de administración, los accionistas o su equivalente, y que tiene la facultad de contratar y despedir a los empleados y de tomar cualquier otra decisión relativa al personal; Administrador: Persona física con un cargo de categoría superior, que dirige el establecimiento o uno de sus departamentos o subdivisiones, supervisa y controla el trabajo de otros empleados de supervisión, profesionales o de gestión y recibe instrucciones del gerente del establecimiento; Representante legal: Persona física con un cargo de categoría superior que tiene la facultad de asumir formalmente obligaciones en nombre del establecimiento; y Especialista: Persona física que posee conocimientos específicos esenciales para los servicios, el equipo de investigación, las técnicas o la gestión del establecimiento.</p> <p>Todo empleador que cuente con un personal de más de 10 empleados debe emplear a personas de nacionalidad ecuatoriana en proporción no inferior al 90 por ciento de los trabajadores ordinarios y no inferior al 80 por ciento de los empleados calificados o especialistas, el personal administrativo o las personas con cargos de responsabilidad. Esta limitación no es aplicable a los empleadores que cuentan con un personal de hasta 10 empleados.</p>	<p>4) Sin consolidar, excepto lo indicado en la columna "limitaciones al acceso a los mercados".</p>	
<p>7 SERVICIOS FINANCIEROS</p>	<p>Para el funcionamiento legal en el país de empresas dedicadas a las actividades de seguros y reaseguros y servicios conexos, así como para la prestación de servicios bancarios y demás servicios financieros, en todas sus formas, se requiere la autorización expresa de los organismos de supervisión correspondientes de Ecuador y el cumplimiento de todas las disposiciones establecidas en las leyes vigentes relativas a tales actividades. Las instituciones que prestan servicios de seguros o de reaseguros y las entidades financieras, de acuerdo a su naturaleza, pueden realizar únicamente las operaciones autorizadas en la Ley General de Compañías de Seguros, en la Ley General de Instituciones Financieras,</p>		

<p>en la Ley de Mercado de Valores, en la Ley de Régimen Monetario y Banco del Estado, y en las demás disposiciones que rigen el funcionamiento de cada sector.</p> <p>Las sucursales de instituciones financieras extranjeras indicarán siempre, en su razón social, su calidad de extranjeras. La oficina principal asignará a su sucursal en el Ecuador y mantendrá en él la cantidad de capital y reservas que prescriban las leyes respectivas.</p> <p>Los compromisos asumidos por Ecuador en esta lista no incluyen nuevos servicios que podrían aparecer en el futuro, en el ámbito de los servicios de seguros y de los servicios bancarios y demás servicios financieros.</p> <p>Las entidades financieras extranjeras pueden participar en el capital de empresas de seguros y de reaseguros y de bancos constituidos.</p> <p>Desde el 3 de noviembre de 1995, por razones de política monetaria y de prudencia bancaria y financiera no se pueden constituir ni establecer nuevos bancos, sociedades financieras, asociaciones mutualistas de ahorro y crédito para vivienda, cooperativas de ahorro y crédito que realizan intermediación financiera con el público y compañías de seguros y de reaseguros, sujetas al control y vigilancia de la Superintendencia de Bancos. Esta disposición se aplica por igual a nacionales y extranjeros.</p> <p>Las instituciones financieras extranjeras que se propongan abrir oficinas de representación para servir como centros de información a sus clientes o para colocar fondos en el país en créditos o inversiones, deberán obtener autorización previa del respectivo organismo de control y no podrán realizar operación alguna de intermediación financiera de aquellas previstas en la ley; ni de cambio; ni recibir directa o indirectamente por cuenta propia o ajena, depósitos de ninguna clase, ni participar en la realización de operaciones pasivas que implique la captación de recursos del público, para lo que deberán abstenerse de proporcionar información o hacer publicidad o efectuar gestión o trámite alguno relacionado con este tipo de operaciones.</p> <p>Tampoco podrán solicitar en el Ecuador fondos o depósitos para ser colocados en el exterior, ni ofrecer o colocar en el país valores emitidos en el exterior.</p>		
-----------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------	--	--

Fuente: Organización Mundial del Comercio
Elaboración propia

Cuadro 4

Ejemplo de lista de compromisos específicos de Ecuador

Modos de suministro: 1) Suministro transfronterizo 2) Consumo en el extranjero 3) Presencia comercial 4) Presencia de personas física

II. COMPROMISOS RELATIVOS A SECTORES ESPECÍFICOS			
Sector o subsector	Limitaciones al acceso a los mercados	Limitaciones al trato nacional	Compromisos adicionales
I Servicios prestados a las empresas F) Otros servicios prestados a las empresas h) Servicios relacionados con la minería (CCP 833)	1) Sin consolidar 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.	1) Sin consolidar 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.	
2. SERVICIOS DE COMUNICACIONES C. Servicios de telecomunicaciones h) Correo electrónico (parte de CCP 7523) i) Correo vocal (parte de CCP 7523) j) Recuperación de información en línea y de bases de datos (parte de CCP 7523) k) Intercambio electrónico de datos (parte de CCP 7523) l) Servicios de facsímil mejorados/de valor añadido (parte de CCP 7523) m) Conversión de códigos y protocolos (n.d.) n) Procesamiento de datos y/o información en línea (parte de CCP 843)	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.	1) Ninguna 2) Ninguna 3) Ninguna 4) Sin consolidar, excepto lo indicado en los compromisos horizontales.	

Fuente: Organización Mundial del Comercio.
Elaboración propia

En un primer momento, nuestra lista se remite a no permitir el comercio de servicios modo 4 o presencia de personas físicas en ninguno de los sectores, posiblemente por razones de protección del sector trabajador. Esta reserva tiene una excepción que permite que se contraten extranjeros para cumplir funciones de gerentes, administradores, representantes legales y especialistas. De contar con estos funcionarios, y si la empresa tiene más de 10 trabajadores, el 90% de estos deberán ser ecuatorianos.

Por otro lado, para el sector de servicios de seguros y financieros también existe la reserva que implica que las entidades deberán obtener la respectiva autorización del ente de control. Esta reserva está más ajustada a la legislación nacional ya que es un reflejo del control que realizan las entidades como la Superintendencia de Compañías, Valores y Seguros o la de Bancos a todas las empresas previo el inicio de sus operaciones en el Ecuador.

Como se puede ver, las reservas horizontales del Ecuador en materia de comercio de servicios son pocas y no son tan claras en lo que respecta a una estricta sujeción a la ley ecuatoriana. Sin duda alguna, la negociación de esta lista pudo haber sido aproximada de una mejor manera. Lo anterior debido a que como se indicó en el Capítulo I del presente análisis, la Constitución de 1979, vigente al momento de la adhesión del Ecuador a la OMC, contenía normas restrictivas en materia de inversión extranjera y en materia de sectores estratégicos.

Siendo este el panorama de las reservas horizontales que el Ecuador notificó en su adhesión a la OMC, es pertinente que en el siguiente capítulo se analicen las reservas horizontales que el Ecuador notificó en el Acuerdo Comercial Multipartes al cual el Ecuador se adhirió en el año 2016, en particular la relacionada con los sectores estratégicos y el control sobre las empresas.

Capítulo Tercero

Implicaciones normativas de la reserva establecida por el Ecuador en el Acuerdo Comercial con la Unión Europea en torno a los sectores estratégicos y el control sobre las empresas

Una vez que se ha analizado el régimen histórico-constitucional de las inversiones en sectores estratégicos por parte de privados en el Ecuador, el tratamiento constitucional de los acuerdos comerciales dentro de la Carta Magna, la regularización del comercio de servicios en el marco del sistema Multilateral de la Organización Mundial del Comercio, es pertinente que se analicen las normas vigentes y aplicables al comercio de servicios en sectores estratégicos, bajo los supuestos en los países negocian preferencias específicas entre sí, a través de Acuerdos Comerciales.

Lo anterior abrirá la puerta para analizar la reserva horizontal sobre las inversiones en sectores estratégicos que el Ecuador negoció con la Unión Europea en el Acuerdo Comercial Multipartes, y sus implicaciones y antecedentes normativos en lo que respecta al control de las empresas.

1 Acuerdos Comerciales

Los Acuerdos Comerciales han sido definidos por Rosario Sulser como “un acuerdo entre dos países para concederse determinados beneficios mercantiles de forma mutua”.¹⁹⁴ Principalmente, su objetivo consiste en “eliminar o reducir sustancialmente los aranceles o barreras comerciales entre las partes de un Acuerdo”.¹⁹⁵ En el mismo sentido, se ha afirmado que los Acuerdos Comerciales han sido creados para el beneficio del sistema mundial de comercio al promover un incremento notable de la liberalización del comercio.¹⁹⁶ El proceso de suscripción de un Acuerdo es llevado a cabo por parte de los países a través de negociaciones, las

¹⁹⁴ Rosario Sulser, *Tratados Comerciales Internacionales* (México: Editorial ISEF, 2006), 7

¹⁹⁵ Simon Lester et al., *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 343.

¹⁹⁶ Andrew Mitchel y Nicolas Lockhart, “Legal requirements for PTAs under the WTO”, en *Bilateral and Regional Trade Agreements*, edit. Simon Lester y Bryan Mercurio, trad. libre (Cambridge: Cambridge University Press, 2010), 113

cuales culminan en la suscripción de un instrumento internacional, el cual debe ser ratificado por los países de conformidad con su legislación interna.

No existe una lista taxativa que defina los tipos de Acuerdos Comerciales.¹⁹⁷ Sin embargo, en el marco de la normativa de la Organización Mundial del Comercio¹⁹⁸, se reconocen y regulan a las Zonas de Libre Comercio y las Uniones Aduaneras.

Las Zonas de Libre Comercio, las cuales constituyen el objeto del presente análisis, son los instrumentos más comunes, y han sido definidos como los acuerdos en donde las partes “se comprometen a eliminar la parte más importante de las barreras comerciales tanto arancelarias como no arancelarias”.¹⁹⁹ Estas implican también que las Partes tendrán dos listas arancelarias, una nacional que aplicará a terceros, y una lista común, la cual contendrá las preferencias arancelarias acordadas entre las Partes.²⁰⁰ Además, se ha afirmado que las principales características de las Zonas de Libre Comercio son el desarme arancelario, la reglamentación de origen, el establecimiento de un régimen común de tránsito aduanero, la no eliminación de fronteras físicas entre las partes, el establecimiento de aranceles diferentes para terceros, el derecho de poder negociar otros Acuerdos Comerciales con terceros.²⁰¹

Por otro lado, las Uniones Aduaneras establecen un arancel externo común, dejando de lado otros ámbitos como la política comercial común, como la aduanera o la relacionada con requerimientos sanitarios u obstáculos técnicos al comercio. En palabras de Bradley C., la Unión Aduanera debe eliminar derechos de aduana y demás cargas en cuanto a lo esencial del intercambio comercial entre las partes. Debe aplicar un régimen común hacia los no miembros, y los derechos de aduana aplicados a las

¹⁹⁷ Es importante conocer que los Acuerdos Comerciales no son lo mismo que los Esquemas de Integración. Los esquemas de integración son una figura amplia en donde los Estados, a través de un instrumento constitutivo, se unen con el objetivo de cumplir varios tipos de metas, dentro de las cuales pueden desprenderse también objetivos relacionados con el comercio. Es decir, los esquemas de integración pueden contener Acuerdos Comerciales. *Vid.* Negro, Sandra “La adhesión de Estados a los esquemas de integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur”.

¹⁹⁸ El artículo XXIV del GATT establece regulaciones específicas para las Zonas de Libre Comercio o las Uniones Aduaneras, las cuales se concretan a través de Acuerdos Comerciales.

¹⁹⁹ Víctor Rojas, *La zona de libre comercio de América del Norte, el inicio* (México: Universidad Iberoamericana, 2009), 217.

²⁰⁰ Octaviano Campos, “La Zona de Libre Comercio de América Latina”, *Investigación Económica* 79, n° 20, (1960): 528

²⁰¹ Miguel Cabello, *Las Aduanas y el Comercio Internacional* (Madrid: Esic Editorial, 2009), 40

importaciones de los no miembros no pueden ser más elevados después de su creación, en comparación a las cargas anteriores a su creación.²⁰²

La diferencia entre la Zona de Libre Comercio con la Unión Aduanera es la falta de políticas comerciales comunes entre las partes, es decir, mantienen su soberanía sobre esta materia. Además, las preferencias o reducciones arancelarias contenidas en el Acuerdo no se aplican para terceros. Un ejemplo de este tipo de acuerdo es el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) o el Acuerdo Comercial Multipartes suscrito entre Ecuador y la Unión Europea, objeto del presente estudio²⁰³.

Por su alcance territorial, los Acuerdos Comerciales pueden ser también regionales o no regionales. Así, por ejemplo, un Acuerdo regional es el de la Comunidad Andina mientras que el suscrito entre Chile y Corea del Sur es no regional. Por otro lado, los Acuerdos pueden ser Bilaterales, como el suscrito entre Estados Unidos y Colombia, o plurilaterales como el Acuerdo Comercial Multipartes, del cual forman parte la Unión Europea, Colombia, Perú y el Ecuador tras su reciente adhesión.

Jurídicamente, los Acuerdos Comerciales están sujetos al Derecho Internacional Público.²⁰⁴ Por esta razón, es importante tener en cuenta que la regulación de los Acuerdos Comerciales también se encuentra sujeta a las normas del sistema multilateral de comercio exterior, es decir, a los Acuerdos administrados por la Organización Mundial del Comercio, que fueron analizados en el anterior Capítulo.

1.2. Tratamiento a nivel multilateral

El principal instrumento que regula los Acuerdos Comerciales es el Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio de la OMC. Dicha norma define a las zonas de libre comercio como “un grupo de dos o más territorios aduaneros entre los cuales se eliminen los derechos de aduana y las demás reglamentaciones comerciales restrictivas con respecto a lo esencial de los intercambios comerciales de los productos originarios de los territorios constitutivos de dicha zona”.²⁰⁵ De la definición antes

²⁰² Bradley Condon, *El Derecho de la Organización Mundial del Comercio* (Londres: Cameron May, 2007), 267

²⁰³ El ACM fue notificado a la OMC bajo el artículo XXIV GATTA y V AGCS.

²⁰⁴ Rosario Sulser, *Tratados Comerciales Internacionales*, 7

²⁰⁵ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, 1994, artículo XXIV

citada se desprende que en las zonas de libre comercio se eliminan aranceles y barreras no arancelarias de las partes.

Lo que llama la atención es la definición de qué es considerado como “esencial de los intercambios comerciales”. Al respecto, el análisis de esta definición dependerá del examen que caso por caso tengan que realizar las autoridades competentes, en este caso el Órgano de Solución de Diferencias de la OMC. Sin perjuicio de lo anterior, existen dos aproximaciones doctrinarias “una cualitativa, la cual requiere la eliminación de restricciones con respecto a cada sector mayoritario de la economía de las partes; y una cuantitativa que se ampara en un fundamento estadístico o porcentual”.²⁰⁶

Además de la definición de zona de libre comercio, es importante conocer si la norma multilateral permite que entre países miembros de la OMC se puedan dar beneficios que no se den a los demás, es decir de forma discriminatoria. Al respecto, el artículo antes citado dispone:

Las partes contratantes reconocen la conveniencia de aumentar la libertad del comercio, desarrollando, mediante acuerdos libremente concertados, una integración mayor de las economías de los países que participen en tales acuerdos. Reconocen también que el establecimiento de una unión aduanera o de una zona de libre comercio debe tener por objeto facilitar el comercio entre los territorios constitutivos y no erigir obstáculos al de otras partes contratantes con estos territorios.²⁰⁷

De esta forma, la norma “provee una justificación para la adopción de ciertos Acuerdos Comerciales y constituye una defensa frente a una posible denuncia de que un Acuerdo Comercial es inconsistente con cualquier norma de la OMC”.²⁰⁸ Más importante aún, con esta afirmación la normativa de la OMC permite que se suscriban este tipo de Acuerdos, constituyéndose para tal efecto una excepción al principio de la nación más favorecida, el cual rige los Acuerdos administrados por la OMC.

Lo anterior no significa que el Acuerdo Comercial carezca de regulaciones en la normativa multilateral. Como condición para la suscripción de Acuerdos Comerciales, el GATT ha estipulado el siguiente requerimiento:

[E]n el caso de una zona de libre comercio o de un acuerdo provisional tendiente al establecimiento de una zona de libre comercio, los derechos de aduana mantenidos en cada territorio constitutivo y aplicables al comercio de las partes contratantes que no formen parte de tal territorio o acuerdo, en el momento en que se establezca la zona o en que se concierte el acuerdo provisional, no sean más elevados, ni las demás

²⁰⁶ Andrew Mitchel y Nicolas Lockhart, “Legal requirements for PTAs under the WTO”, 93

²⁰⁷ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, 1994, artículo XXIV

²⁰⁸ Andrew Mitchel y Nicolas Lockhart, “Legal requirements for PTAs under the WTO”, 83

reglamentaciones comerciales más rigurosas que los derechos y reglamentaciones comerciales vigentes en los territorios constitutivos de la zona antes del establecimiento de ésta o de la celebración del acuerdo provisional, según sea el caso.²⁰⁹

La razón de esta condición subyace en que “el objetivo de los Acuerdos Comerciales es retirar las barreras comerciales entre las partes del Acuerdo y no incrementar las barreras con las naciones que no forman parte del Acuerdo Comercial”.²¹⁰ De esta forma se salvaguardan también los derechos de los demás Miembros de la OMC que no sean parte del Acuerdo.

A pesar de que la firma de Acuerdos Comerciales entre miembros de la OMC sea permitida como una excepción a las normas de la Organización Mundial del Comercio, el Acuerdo debe abarcar lo esencial del intercambio comercial entre las partes, y las condiciones arancelarias y no arancelarias que los países que suscriben el Acuerdo mantenían con los miembros que no forman parte del Acuerdo no deben ser más gravosas ni elevadas. Esta condición tiene su fundamento en que la normativa de la OMC pretende que “los Acuerdos Comerciales no sean utilizados simplemente para disfrazar acuerdos preferenciales de un marco selecto de mercancías o servicios”.²¹¹

Las normas antes descritas se refieren exclusivamente al ámbito de las mercancías, razón por la cual, por el objetivo de la presente investigación, es importante analizar el régimen de los Acuerdos Comerciales en lo que respecta al comercio de servicios. Así, siguiendo la línea de lo regulado por el GATT, el AGCS permite el otorgar preferencias al comercio de servicios a través de Acuerdos Comerciales y establece también condiciones:

El presente Acuerdo no impedirá a ninguno de sus Miembros ser parte de un acuerdo por el que se liberalice el comercio de servicios entre las partes en el mismo, o celebrar un acuerdo de ese tipo, a condición de que tal acuerdo:

- a) tenga una cobertura sectorial sustancial, y
- b) establezca la ausencia o la eliminación, en lo esencial, de toda discriminación entre las partes, en el sentido del artículo XVII, en los sectores comprendidos en el apartado a), por medio de:
 - i) la eliminación de las medidas discriminatorias existentes, y/o
 - ii) la prohibición de nuevas medidas discriminatorias o que aumenten la discriminación [...].²¹²

²⁰⁹ Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*, 1994, artículo XXIV

²¹⁰ Simon Lester et al. *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 357.

²¹¹ Simon Lester et al. *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 352.

²¹² Organización Mundial del Comercio, *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*, 1994, artículo V

Similar al GATT, el AGCS establece la posibilidad de que los miembros negocien Acuerdos Comerciales entre sí. Además, también consagra la condición de cobertura sustancial, la cual se analiza “en términos de número de sectores cubiertos, volumen de comercio afectado por el Acuerdo y modos de comercio de servicios cubierto”.²¹³ La cobertura de los Acuerdos en comercio de servicios tomará en cuenta la cantidad de sectores, así como se están contemplados los 4 modos de suministro analizados en líneas precedentes.

Al igual que el GATT, el AGCS también establece en su artículo V la necesidad de que el Acuerdo Comercial no menoscabe las condiciones otorgadas a los miembros de la OMC que no forman parte del Acuerdo. Esta condición es muy importante ya que para la OMC los Acuerdos Comerciales son deseables, pero éstos deben facilitar y no establecer nuevas barreras para los otros Miembros.²¹⁴ Además, toda vez que las normas del GATT y el AGCS son similares para la suscripción de Acuerdos Comerciales, nada impide a las Partes para que suscriban Acuerdos que abarquen tanto mercancías como servicios.²¹⁵

Finalmente, es importante que se conozca que los Acuerdos Comerciales que contengan preferencias en materia de mercancías o servicios deben ser notificados a la OMC, en cumplimiento con la obligación de transparencia que tienen los miembros de la OMC. Ahora que se ha analizado el fundamento legal que permite que los Miembros de la OMC suscriban Acuerdos Comerciales entre sí, es importante analizar el contenido del Acuerdo Comercial Multipartes, al cual el Ecuador se adhirió en el año 2016.

2 Acuerdo Comercial con la Unión Europea

En el año 2007, la Unión Europea inició negociaciones bajo un formato bloque a bloque con la Comunidad Andina, a fin de suscribir un Acuerdo Comercial.²¹⁶ Para tales efectos, el Consejo Andino de Ministros de Comercio Exterior de la CAN emitió la Decisión 667, la cual disponía que dichas negociaciones tomen en cuenta las asimetrías entre los países de la CAN y la UE. No obstante, debido a la falta de flexibilidad que otorgaba el formato antes indicado, en 2008, las Partes decidieron

²¹³ Andrew Mitchel y Nicolas Lockhart, “Legal requirements for PTAs under the WTO”, 111

²¹⁴ Simon Lester et al. *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*, 352.

²¹⁵ No existen casos en donde Miembros de la OMC hayan suscrito un acuerdo limitado únicamente al comercio de servicios en el marco del artículo V del AGCS.

²¹⁶ Bajo este formato se dieron únicamente tres rondas de negociación.

negociar el Acuerdo bajo un formato Multipartes que le permita a cada uno de los miembros de la CAN el contar con listas de compromisos específicas para sus territorios. En este proceso participaron la UE, Colombia, Perú y el Ecuador.

Ecuador participó en las negociaciones del Acuerdo Multipartes hasta julio del año 2009. Posteriormente, se retiró del proceso hasta que el “caso banano” sea resuelto en el marco de la OMC.²¹⁷ Por su lado, Colombia y Perú continuaron con el proceso de negociación, suscribiendo el Acuerdo Comercial Multipartes con la UE en junio de 2012.

Después de decidir adherirse al ACM en el año 2013, y tras algunas rondas de negociación, el 11 de noviembre de 2016, el Ecuador suscribió el Protocolo de Adhesión al Acuerdo Comercial Multipartes entre la Unión Europea y los países andinos. Posterior al trámite de ratificación interna, el Acuerdo Comercial fue ratificado por el Ejecutivo mediante Decreto No. 1285, publicado en el Registro Oficial No. 906 del 20 de diciembre de 2016. Consecutivamente, de conformidad con el artículo 330.2 del Acuerdo Comercial Multipartes, el Acuerdo y sus beneficios entraron en vigencia el 1 de enero de 2017.²¹⁸

El Acuerdo Comercial Multipartes es un instrumento jurídico a través del cual se establece una zona de libre comercio entre sus partes. Es decir, está sujeto a los artículos XXIV del GATT y V del GATS. Además, es un Acuerdo plurilateral que inicialmente fue suscrito entre Colombia y Perú con la Unión Europea. Sin embargo, el Ecuador se pudo adherir a dicho Acuerdo debido a que su artículo 329 disponía que “cualquier País Miembro de la Comunidad Andina que no sea Parte de este Acuerdo en la fecha de su entrada en vigor para la Parte UE y al menos uno de los Países Andinos signatarios, podrá adherirse a este Acuerdo de conformidad con las condiciones y procedimientos establecidos en este artículo”.²¹⁹

Para hacer efectiva la adhesión del Ecuador al ACM, se tuvo que iniciar negociaciones exclusivamente entre Ecuador y la Unión Europea,²²⁰ las cuales

²¹⁷ El Caso Banano fue un proceso de solución de controversias impulsado por el Ecuador en el marco de Órgano de Solución de Controversias de la OMC, contra de la UE debido a las preferencias que la UE otorgaba a los productores de banano europeos (principalmente de las Islas Canarias) y que vulneraban el principio del Trato de la Nación Más Favorecida.

²¹⁸ Dicha norma establece que “el presente Acuerdo entrará en vigor entre la Parte UE y cada País Andino signatario el primer día del mes siguiente a la fecha de recepción por el Depositario de la última notificación prevista en el párrafo 1 correspondiente a la Parte UE y dicho País Andino signatario, a menos que tales Partes acuerden una fecha distinta”. *Vid. Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo 330.2

²¹⁹ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo 329.1

²²⁰ *Ibíd.*, artículo 329.2

terminaron en la suscripción de un Protocolo de Adhesión.²²¹ Por la naturaleza del Protocolo, el Ecuador pudo negociar ciertas modificaciones al Acuerdo Multipartes, pero siempre tomando en cuenta la obligación normativa de “preservar la integridad del Acuerdo”²²² original. En tal sentido, el artículo I del Protocolo de Adhesión dispone que “Ecuador pasa a ser Parte en el Acuerdo, incluidas las modificaciones del mismo establecidas en el Protocolo Adicional”.²²³

Los principales cambios al Acuerdo Comercial Multipartes tienen que ver con el Trato Especial y Diferenciado que la Unión Europea reconoció en beneficio de Ecuador. Este Trato Especial y Diferenciado fue plasmado en el Marco General para la Negociación entre el Ecuador y la UE, suscrito el 22 de enero de 2009. Además, este tratamiento también encuentra su fundamento en el marco de la situación jurídica del Ecuador dentro de la Comunidad Andina, en donde el artículo 3 del Acuerdo de Cartagena dispone expresamente que los objetivos de la CAN se alcanzarán a través de otorgamiento de tratamientos preferenciales para Ecuador y Bolivia.²²⁴

Esto implicó que se introdujeron especificaciones que implican un mejor trato que el que Colombia y Perú recibieron del bloque europeo.²²⁵ También se introdujeron nuevos anexos, los cuales contenían principalmente el tratamiento arancelario para las mercancías ecuatorianas y europeas, así como la lista positiva de las Partes que contenía las obligaciones de acceso a los mercados, trato nacional y reservas del régimen del comercio de servicios.

Se ha dicho que el Acuerdo Multipartes es un Acuerdo de tercera generación, es decir instrumentos “basados en valores globales, la democracia, los derechos humanos y el desarrollo sostenible”,²²⁶ así como Acuerdos que tienen un claro enfoque en la cooperación entre las partes.²²⁷ Esto implica un Acuerdo con objetivos más amplios que no se limitan únicamente al comercio de bienes, sino a otros ámbitos como

²²¹ *Ibíd.*, artículo, 329.4

²²² *Ibíd.*, artículo 329.2

²²³ Ecuador. *Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial Multipartes entre la Unión Europea y sus estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tomar en cuenta la adhesión del Ecuador*, Registro Oficial 906, Suplemento, 20 de diciembre de 2016, artículo I

²²⁴ Comunidad Andina de Naciones, *Acuerdo de Integración Subregional Andino*, 26 de mayo de 1969, artículo 3

²²⁵ Por ejemplo se tienen mayores plazos de desgravación para las mercancías que ingresan desde la UE, mayores umbrales para la contratación pública, normas para el fomento de MIPYME, entre otras.

²²⁶ Ángel Casas, *El modelo regional andino. Enfoque de economía política internacional* (Quito: ABYA YALA, 2003), 30

²²⁷ Ángel Viñas, *Al servicio de Europa: innovación y crisis en la Comisión Europea* (Madrid: Editorial Complutense, 2004), 132.

el comercio de servicios, las medidas de defensa comercial o el comercio para un desarrollo sostenible. Debido a estas características, Granados ha indicado que estos instrumentos permiten una integración más profunda a través de un mayor pragmatismo, flexibilidad y ajuste a las necesidades de los países.²²⁸ Debido a estas características, Granados ha indicado que estos instrumentos permiten una integración más profunda a través de un mayor pragmatismo, flexibilidad y ajuste a las necesidades de los países.²²⁹ Al amparo de la definición anterior, la estructura del Protocolo de Adhesión del Ecuador es la siguiente:

Cuadro 5
Estructura del Protocolo de Adhesión del Ecuador al ACM

Protocolo de Adhesión del Ecuador al ACM
Anexo I Acuerdo Comercial Multipartes
Preámbulo (trato especial y diferenciado)
Título I Disposiciones iniciales
Título II Disposiciones Institucionales
Título III Comercio de Mercancías
Título IV Comercio de Servicios
Título V Pagos Corrientes y Movimientos de Capital
Título VI Contratación Pública
Título VII Propiedad Intelectual
Título VIII Competencia
Título IX Comercio y Desarrollo Sostenible
Título X Transparencia y procedimientos administrativos
Título XI Excepciones Generales
Título XII Solución de Controversias
Título XIII Asistencia Técnica
Título XIV Disposiciones Finales
Anexo II a V Cronograma de eliminación arancelaria UE y Ecuador
Anexo VI Normas de Origen
Anexo VII Contingentes
Anexo VIII Puntos de contacto
Anexo IX Comercio de Servicios (modo 3 UE)
Anexo X Comercio de Servicios (modo 3 Ecuador)
Anexo XI Comercio de Servicios (modo 1 y 2 UE)
Anexo XII Comercio de Servicios (modo 1 y 2 Ecuador)
Anexo XIII Comercio de Servicios (modo 4 UE)
Anexo XIV Comercio de Servicios (modo 4 Ecuador)
Anexo XV Comercio de Servicios (modo 4 UE)
Anexo XVI Comercio de Servicios (modo 4 Ecuador)
Anexo XVII Comercio de Servicios (servicios gubernamentales)
Anexo XVIII Contratación Pública (Lista de Entidades UE)
Anexo XIX Contratación Pública (Lista de Entidades Ecuador)

²²⁸ Jaime Granados, *La integración comercial centroamericana* (Buenos Aires: BID, 2001), 24.

Anexo XX Declaraciones Conjuntas

Fuente: Acuerdo Comercial Multipartes

Elaboración propia.

Al apreciar su estructura y contenido, se desprende que se trata de un Acuerdo amplio que contiene varios títulos que regulan temáticas distintas, lo que permite definir al ACM como un acuerdo de tercera generación. Para efectos del presente análisis, se analizarán las normas del Título IV del ACM relativas al comercio de servicios, así como el Anexo 10 del Protocolo de Adhesión del Ecuador al ACM, el cual contiene las reservas horizontales del Ecuador en el modo 3 o establecimiento de personas jurídicas europeas en el Ecuador.

2.1. Título sobre Comercio de Servicios en el Acuerdo

El Título de Comercio de Servicios en el Acuerdo se basa “principalmente en los compromisos, derechos y obligaciones del país en esta materia ante la Organización Mundial del Comercio”,²³⁰ los cuales fueron analizados en el Capítulo II de este estudio. Esta incorporación por referencia se aplica a las normas del AGCS, más no a los compromisos específicos de las Partes en lo que respecta a sectores negociados y compromisos específicos.

Para definir los compromisos específicos de las Partes en materia de acceso a los mercados y trato nacional; así como para el establecimiento de reservas horizontales o específicas, tanto la UE como el Ecuador acordaron una nueva lista positiva. Debido a la coyuntura política, jurídica y económica del Ecuador al momento de las negociaciones con la Unión Europea, las listas de compromisos del Ecuador así como las reservas horizontales planteadas varían notablemente de la lista que el Ecuador negoció en su adhesión a la OMC, razón por la cual es pertinente su análisis.

2.1.1. Contenido normativo

El artículo 3 del Acuerdo Comercial Multipartes contiene el objeto del Acuerdo. En materia de servicios, dicha norma dispone que “las Partes establecen una zona de libre comercio de conformidad con el [...] artículo V del Acuerdo General

²³⁰ Ecuador Ministerio de Comercio Exterior, *Memorias de las Negociaciones del Acuerdo Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea* (Quito: Ministerio de Comercio Exterior, 2016), 134

Sobre Comercio de Servicios”.²³¹ En consecuencia, el objetivo del Acuerdo en materia de comercio de servicios es “la liberalización progresiva del comercio de servicios”.²³²

Posteriormente, la normativa específica sobre el comercio de servicios entre Ecuador y la Unión Europea se puede apreciar en el Título IV del Acuerdo Comercial Multipartes. Así, el artículo 107 del Acuerdo comienza por ratificar los compromisos de las Partes en el marco de la OMC, por ser ésta la institución que multilateral que rige a los derechos y obligaciones de las partes en el ámbito del comercio de servicios, y permite que sus Miembros suscriban Acuerdos Comerciales sin . El artículo citado dispone:

Las Partes, reafirmando sus compromisos en virtud del Acuerdo sobre la OMC, y con miras a facilitar su integración económica, su desarrollo sostenible y su integración continua en la economía global, y considerando las diferencias en el nivel de desarrollo de las Partes, establecen las disposiciones necesarias para la liberalización progresiva del establecimiento y el comercio de servicios y para la cooperación en materia de comercio electrónico.²³³

En relación a su objetivo, la norma también indica que el Título de Comercio de Servicios “no se aplicarán a los servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales [y que] cada parte conserva el derecho de ejercer sus competencias y de regular e introducir nuevas reglamentaciones para cumplir objetivos legítimos de política pública”.²³⁴ Lo último, con la finalidad de que existan ciertas “flexibilidades a favor de Ecuador para mantener la potestad estatal de implementar normas relacionadas al funcionamiento adecuado de servicios a nivel nacional, conforme a su legislación”.²³⁵

En cuanto a definiciones, el ACM contiene una definición amplia de servicio. El artículo 108 indica que “servicio incluye cualquier servicio en cualquier sector, excepto servicios suministrados en el ejercicio de facultades gubernamentales”.²³⁶ Por relacionarse exclusivamente con las inversiones extranjeras, el Acuerdo también define a las personas jurídicas de la siguiente forma:

Persona jurídica de una Parte significa una persona jurídica establecida de conformidad con las leyes de esa Parte, y que tiene su domicilio social, administración

²³¹ El artículo V del AGCS es la norma que faculta a los Miembros de la OMC a suscribir Acuerdos Comerciales en los que se concedan mejores preferencias que las contenidas en sus listas ante la OMC. *Vid. Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo 3

²³² *Ibíd.*, artículo 4.c

²³³ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo 107

²³⁴ *Ibíd.*

²³⁵ Ecuador Ministerio de Comercio Exterior, *Memorias de las Negociaciones del Acuerdo Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea*, 134

²³⁶ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo 108

central o domicilio comercial principal en el territorio de esa Parte; si la persona jurídica tuviera únicamente su domicilio social o administración central en el territorio de una Parte, no será considerada como una persona jurídica de esa Parte a menos que sus operaciones tengan un vínculo real y continuo con la economía de esa Parte.²³⁷

De forma complementaria, el artículo 110 contiene otras definiciones para el comercio de servicios modo 3, o establecimiento de personas jurídicas. Así, dicha norma define al establecimiento de la siguiente manera:

Establecimiento significa cualquier tipo de establecimiento comercial o profesional (19) mediante:

- (a) la constitución, adquisición o mantenimiento de una persona jurídica; o
- (b) la creación o mantenimiento de una sucursal u oficina de representación;
- (c) dentro del territorio de una Parte con el propósito de realizar una actividad económica.²³⁸

El Acuerdo también regula los compromisos específicos de las Partes en materia de acceso a los mercados y trato nacional. En cuanto al acceso a los mercados, el artículo 112 ACM dispone que las Partes concederán a los establecimientos de la otra Parte un trato no menos favorable que el previsto en sus listas específicas.²³⁹ Respecto a las obligaciones de las Partes en materia de acceso a los mercados, la norma antes mencionada dispone que:

En los sectores en los que se contraigan compromisos de acceso a los mercados, las medidas que ninguna Parte mantendrá ni adoptará, ya sea sobre la base de una subdivisión regional o de la totalidad de su territorio, a menos que en el Anexo VII (Lista de compromisos sobre establecimiento) se especifique algo distinto, se definen del modo siguiente:

- (a) limitaciones en el número de establecimientos, ya sea en forma de contingentes numéricos, monopolios, derechos exclusivos u otras exigencias del establecimiento tales como una prueba de necesidades económicas;
- (b) limitaciones en el valor total de las transacciones o activos en forma de contingentes numéricos o la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- (c) limitaciones en el número total de operaciones o en la cantidad total de producción expresada en términos de unidades numéricas designadas en forma de contingentes o la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- (d) limitaciones al número total de personas físicas que puedan ser empleadas en una determinada actividad económica o que un establecimiento pueda emplear y que sean necesarias para el desempeño de una actividad económica y estén directamente relacionadas con dicha actividad, en forma de contingentes numéricos o mediante la exigencia de una prueba de necesidades económicas;
- (e) limitaciones en la participación de capital extranjero en forma de un límite porcentual máximo de participación accionaria extranjera o del valor total de la inversión extranjera individual o agregada; y

²³⁷ *Ibíd.*, artículo 108

²³⁸ *Ibíd.*, artículo 110

²³⁹ *Ibíd.*, artículo 112

(f) medidas que restrinjan o prescriban tipos específicos de establecimiento (filial, sucursal, oficina de representación) o empresas conjuntas («joint ventures»), mediante las cuales un inversionista de otra Parte puede desempeñar una actividad económica.²⁴⁰

La norma antes citada debe ser tomada en cuenta por los inversionistas, puesto que ésta indica claramente que el Ecuador no podrá limitar el número de empresas inversionistas de la UE, el valor de sus transacciones y operaciones, el número de empleados europeos, el monto de su capital europeo en el Ecuador; y no podrá implementar medidas que dispongan tipos específicos de empresas para la inversión extranjera en ciertas áreas o sectores.

En cuanto a la obligación del trato nacional, el artículo 113 del Acuerdo dispone:

En los sectores para los cuales Ecuador ha listado compromisos de acceso a los mercados en el Anexo VII (Listas de compromisos sobre establecimiento), y con las condiciones y salvedades establecidas en el mismo, Ecuador otorgará a los establecimientos e inversionistas de la Parte UE, respecto a todas las medidas que afectan al establecimiento, un trato no menos favorable que el que otorgue a sus propios establecimientos e inversionistas similares.²⁴¹

Finalmente, tomando en consideración que los compromisos de las Partes en materia de acceso a los mercados y trato nacional dependen de la lista específica de compromisos de cada Parte para todos los cuatro modos de suministro existentes, el artículo 114 del ACM se encarga de especificar que los sectores comprometidos así como las reservas o limitaciones del Ecuador y de la UE se encuentran en cada lista positiva de las Partes.²⁴²

La lista de compromisos del Ecuador en materia de servicios es una lista positiva. Esto significa que no asume la Parte ningún compromiso en los sectores o subsectores que no se encuentren enlistados.²⁴³ En sentido inverso, implica que “sólo los sectores indicados en la lista quedan cubiertos por las obligaciones del Acuerdo”.²⁴⁴ Por tanto, únicamente en los sectores y subsectores establecidos en la lista, el Ecuador ha asumido obligaciones en materia de acceso a los mercados o trato nacional.

La lista ecuatoriana también contiene reservas horizontales que son aplicables a todos los tipos de servicios cubiertos. Como se indicó en el Capítulo II, las reservas

²⁴⁰ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo 112.2

²⁴¹ *Ibíd.*, artículo 113

²⁴² *Ibíd.*, artículo 114

²⁴³ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, artículo X.

²⁴⁴ Ecuador Ministerio de Comercio Exterior, *Memorias de las Negociaciones del Acuerdo Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea*, 135

horizontales son “excepciones que limitan el alcance de los compromisos en todos los sectores de servicios que Ecuador incluyó en el Acuerdo”.²⁴⁵ El Anexo X, relativo al comercio de servicios modo 3 o establecimiento de personas físicas dispone que “los compromisos en sectores o subsectores específicos se someten a las reservas y limitaciones horizontales incorporadas en la primera sección, los cuales se aplican de forma transversal e irrestricta a todos los sectores, salvo que se especifique lo contrario”.²⁴⁶

Un ejemplo de lo concedido por el Ecuador a la Unión Europea en materia de comercio de servicios modo 3 se puede apreciar en el siguiente cuadro:

Cuadro 6
Compromisos específicos del Ecuador en materia de comercio de servicios modo 3

Sector o subsector	Descripción de las reservas
1. AGRICULTURA, GANADERÍA, CAZA Y SILVICULTURA	
A. Agricultura, caza (CIU Rev. 3.1: 011, 012, 013, 014, 015) excluyendo servicios de asesoría y consultoría	AM: Ninguna TN: Ninguna
B Silvicultura, extracción de madera (CIU Rev. 3.1: 020) excluyendo servicios de asesoría y consultoría	AM: Ninguna, excepto para número de establecimientos, número total de operaciones y cantidad total de producción. TN: Ninguna
3. EXPLOTACIÓN DE MINAS Y CANTERAS	
C) Extracción de minerales metalíferos (CIU Rev. 3.1: 13)	AM, TN: Ninguna
4. INDUSTRIAS MANUFACTURERAS	
B. Elaboración de productos de tabaco (CIU Rev. 3.1: 16)	AM, TN: Ninguna
A. Servicios profesionales	Para ejercer la mayor parte de servicios profesionales en el Ecuador los títulos profesionales obtenidos en el extranjero

²⁴⁵ *Ibíd.*, 138

²⁴⁶ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, anexo X.

	deben ser reconocidos por la autoridad competente nacional que suele exigir la residencia en el Ecuador, para conceder dicho reconocimiento.
c) Servicios de asesoramiento tributario (CCP 863)	AM, TN: Ninguna

Fuente: Acuerdo Comercial Multipartes.
Elaboración propia

Como se comentó anteriormente, la lista ecuatoriana también contiene reservas horizontales, las cuales son entendidas como “una declaración unilateral [...] hecha por un Estado al firmar, ratificar, aceptar o aprobar un tratado o al adherirse a él, con el objeto de excluir o modificar los efectos jurídicos de ciertas disposiciones del tratado en su aplicación a ese Estado”.²⁴⁷ En el siguiente cuadro se puede apreciar un ejemplo de dichas reservas:

Cuadro 7
Reservas Horizontales del Ecuador en materia de comercio de servicios modo 3

Sector o subsector	Descripción de las reservas
TODOS LOS SECTORES	<p>Propiedad de tierras o aguas</p> <p>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. Ecuador se reserva el derecho de adoptar o mantener medidas relacionadas con la propiedad de bienes inmuebles por parte de extranjeros en las regiones limítrofes, las costas nacionales o el territorio insular.</p> <p>Contratación de trabajadores extranjeros</p> <p>Todo empleador que cuente con un personal de más de 10 empleados debe emplear a personas de nacionalidad ecuatoriana en proporción no inferior al 90 por ciento de los trabajadores ordinarios y no inferior al 80 por ciento de los empleados calificados o especialistas, el personal administrativo o las personas con cargos de responsabilidad.</p>

²⁴⁷ Organización de las Naciones Unidas, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 1969, Parte I

	Esta limitación no es aplicable a los empleadores que cuentan con un personal de hasta 10 empleados.
--	------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Acuerdo Comercial Multipartes.
Elaboración propia

Sin perjuicio de lo anterior, y tomando en consideración la importancia de la inversión extranjera directa a través de la constitución o domiciliación de compañías, para este análisis se tratará la reserva horizontal que el Ecuador estableció para proteger a sus sectores estratégicos, y cómo ésta se relaciona con el control de las empresas que operan en dichos sectores.

2.2. La reserva horizontal relacionada con sectores estratégicos

En materia de comercio de servicios modo 3, se manifestó que una de las principales características del Acuerdo consiste en que “la UE reconoce y respeta la soberanía de Ecuador en la administración, regulación, control y gestión de los servicios públicos y sectores estratégicos, de conformidad con la Constitución de Ecuador”.²⁴⁸ En consecuencia, en el marco de lo que dispone la Constitución ecuatoriana, el Ecuador estableció una reserva horizontal relacionada con los sectores estratégicos. Dicha reserva está establecida en el Anexo X del ACM y dispone:

Cuadro 8
Reservas Horizontales del Ecuador en materia de sectores estratégicos

Sector o subsector	Descripción de las reservas
TODOS LOS SECTORES	<p>Inversión</p> <p>La inversión en determinadas actividades económicas relacionadas con la explotación de sectores estratégicos o para la prestación de servicios públicos se requerirá la previa obtención de derechos de concesión, licencias, autorizaciones u otro título habilitante de conformidad con la respectiva legislación aplicable para el respectivo sector, así como, la domiciliación o constitución de un establecimiento en el Ecuador para el caso de persona jurídica constituida bajo las leyes de otro país y con domicilio principal en el exterior.</p>

²⁴⁸ Ecuador Ministerio de Comercio Exterior, *Memorias de las Negociaciones del Acuerdo Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea*, 135

	<p>Dicha exigencia es aplicable para la provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, servicios de explotación de energía en todas sus formas, la explotación de recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el agua, el espectro radioeléctrico.</p> <p>La adquisición total o parcial de paquetes accionarios o cualquier derecho sobre el control, dirección o administración, sobre empresas dedicadas a los ámbitos cubiertos en el párrafo anterior, puede estar sujeta a la aprobación de las autoridades competentes.</p> <p>Los criterios de otorgamiento de licencias, autorizaciones y otros títulos habilitantes serán transparentes y no discriminatorios sobre la participación de establecimientos de la Parte de la UE y no constituirán una restricción cuantitativa para el establecimiento.</p> <p>Los compromisos específicos asumidos por el Ecuador en este Acuerdo en sectores estratégicos y servicios públicos, serán considerados como constitutivos de la situación de excepcionalidad prevista en la legislación nacional en relación con la delegación a la iniciativa privada en la prestación de servicios públicos y en los sectores estratégicos.</p>
--	---------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------------

Fuente: Acuerdo Comercial Multipartes
Elaboración propia

Esta reserva rige para todos los sectores negociados en la lista del Ecuador. Implica a su vez que las compañías europeas que inviertan en el Ecuador estarán sujetas a sus disposiciones. Tomando en consideración la importancia de esta reserva horizontal, y que el artículo 417 de la Constitución del 2008 dispone expresamente que “los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución”,²⁴⁹ es pertinente analizar el contenido de la reserva, a fin de comprender su fundamento legal e implicaciones.

2.2.1 Implicaciones de la reserva del Ecuador en los sectores estratégicos y el control sobre las empresas

La reserva ecuatoriana empieza disponiendo que la inversión europea “relacionada con la explotación de los sectores estratégicos [...] requerirá la previa

²⁴⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 417

obtención de derechos de concesión, licencias, autorizaciones u otro título habilitante”.²⁵⁰ Al final, la reserva también dispone que los compromisos en materia de acceso a los mercados y trato nacional que el Estado asuma para los sectores estratégicos “serán considerados como constitutivos de la situación de excepcionalidad prevista en la legislación nacional en relación con la delegación a la iniciativa privada en la prestación de servicios públicos y en los sectores estratégicos”.

Como se pudo apreciar en el Capítulo I, desde la Constitución del año 1945, el Ecuador ha protegido a sus sectores estratégicos, al estar éstos vinculados con los recursos naturales de nuestro país y otras áreas de interés público. Esta protección se ha efectuado debido a que se tratan de “bienes que no tienen sustituto y cuyo consumo no es excluyente, como es el caso del medio ambiente, así como el derecho al agua potable y a diversos servicios públicos básicos”.²⁵¹ De esta forma, surge la necesidad de proteger dichos sectores frente a la inversión extranjera ya que “las empresas transnacionales se orientan básicamente por el beneficio mientras que los gobiernos se responsabilizan principalmente de la defensa de los intereses públicos”.²⁵²

Por otro lado, esta concepción también se encuentra amparada en varios instrumentos de carácter jurídico, como la Declaración para el Establecimiento del Nuevo Orden Económico Internacional,²⁵³ la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados²⁵⁴ de la ONU, o los acuerdos relacionados con el Derecho Internacional de los Derechos Humanos. Este fundamento es muy importante ya que bajo los parámetros de los Acuerdos internacionales en materia de DDHH, la falta de garantía de los derechos contenidos podría implicar la responsabilidad internacional del Estado, razón que motiva que un Estado cumpla con sus obligaciones para con sus ciudadanos.

En las negociaciones con la Unión Europea la protección a los sectores estratégicos no fue una excepción. Como se expuso anteriormente, el artículo 1 de la actual Constitución establece que los recursos naturales son el patrimonio inalienable,

²⁵⁰ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, Anexo X.

²⁵¹ Barnali Choudhury, “Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration’s Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic deficit?”, *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 17, n° 41, (2008): 17

²⁵² Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, retos y camino a seguir* (Ginebra: Naciones Unidas, 2008), 49

²⁵³ Establecía la soberanía de los Estados frente a sus recursos naturales y la facultad de los países de regular la inversión extranjera.

²⁵⁴ Confirmando la soberanía de los Estados ante sus recursos naturales.

irrenunciable e imprescriptible del Ecuador.²⁵⁵ Adicionalmente, la Carta Magna dispone expresamente que “el Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia”.²⁵⁶ En consideración a lo anterior, se puede afirmar que el Ecuador estaba obligado a proteger a sus sectores estratégicos, en cumplimiento con la Carta Suprema.

Lo anterior no implica que exista una prohibición absoluta sobre las inversiones de privados extranjeros en dichos sectores. Es por eso que el Ecuador estableció en su reserva que para la inversión extranjera en dichos sectores se necesitará un título habilitante. Este derecho que el inversionista debe obtener se encuentra fundamentado en el régimen de excepcionalidad que rige en el Ecuador para la inversión extranjera en los sectores estratégicos.

Para doctrinarios como Kundmueller, el régimen de excepcionalidad surge como fundamento del rol del Estado como guardián permanente del interés público, quien debe ponderar dicha obligación a través de políticas de promoción de inversiones.²⁵⁷ Dicho régimen de excepcionalidad surge también por la obligación estatal de proveer los servicios relacionados con los sectores estratégicos, en donde frente a una imposibilidad de cumplir con dicho deber, surge la posibilidad de la inversión extranjera como una alternativa.

Por otro lado, este régimen surge debido a que hay sectores que afirman que la inversión extranjera no ha aportado sustancialmente al desarrollo de un país. Según la UNCTAD, “la dimensión de desarrollo no ocupa un lugar muy destacado en la agenda de la regulación internacional de la inversión actual [lo que ha permitido a los Estados] establecer excepciones, reservas y otras medidas semejantes”.²⁵⁸ En consecuencia, los Estados limitan la presencia de la inversión privada en sectores estratégicos para alcanzar sus objetivos de desarrollo por sus propios medios. En el mismo sentido, bajo esta premisa la inversión extranjera sirve para financiar el

²⁵⁵ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 1

²⁵⁶ *Ibíd.*, artículo 313

²⁵⁷ Franz Kundmueller, *Apuntes sobre el Derecho Internacional de las Inversiones y el Interés Público*, 2010, https://www.google.com.ec/url?sa=t&rct=j&q=&esrc=s&source=web&cd=4&cad=rja&uact=8&ved=0ahUKEwjKl6u_x5DcAhWQr1kKHbJoCG8QFgg-MAM&url=http%3A%2F%2Frevistas.pucp.edu.pe%2Findex.php%2Fderechoadministrativo%2Farticle%2Fdownload%2F14028%2F14650&usg=AOvVaw0NjjrKroGKB4_vtvsJ2BO

²⁵⁸ Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo, *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, retos y camino a seguir* (Ginebra: Naciones Unidas, 2008), 56

desarrollo, es decir constituye un mecanismo subsidiario para financiar el desarrollo.²⁵⁹

Este régimen también tiene su fundamento en la preocupación de los países receptores de inversiones “por la restricción del espacio para su política doméstica [limitada] por árbitros internacionales [...] capaces de restringir incluso decisiones de política pública”.²⁶⁰ Así, el permitir de forma directa la inversión extranjera en sectores estratégicos va de la mano con el otorgamiento de “estándares específicos de protección en contra de ciertas acciones del Estado y la posibilidad de demandar directamente al Estado anfitrión ante instancias internacionales”.²⁶¹ Por tanto, este fundamento está estrechamente vinculado con los procesos de solución de controversias interpuestos por los inversionistas en contra de los Estados, en donde el régimen de excepcionalidad viene a ser una forma de prevenir dichos procesos.

En consecuencia de lo anterior, el artículo 316 de la Constitución dispone que “el Estado podrá, de forma excepcional, delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio [de la inversión en sectores estratégicos], en los casos que establezca la ley”.²⁶² Para reforzar el concepto de excepcionalidad, el artículo 17 del Código Orgánico de Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) introduce un elemento de complementariedad. Dicho artículo dispone:

Las inversiones extranjeras tendrán un rol de complementación directa en los sectores estratégicos de la economía, que requieran inversión y financiamiento, para alcanzar los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, y con sujeción a la legislación aplicable. En los demás sectores de la economía, los inversionistas extranjeros podrán participar directamente sin necesidad de autorización adicional a las previstas para los inversionistas nacionales.²⁶³

El COPCI también consagra en otros artículos el régimen de excepcionalidad. El artículo 96 dispone, casi al igual que la Constitución, que “el Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código”.²⁶⁴ Por otro lado, su artículo

²⁵⁹ Omar García-Bolívar, “La crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras”, *Revista de la Secretaría Permanente de Revisión 3*, n.º. 5 (2015): 139

²⁶⁰ Stephan Schill, *Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público comparado en una perspectiva latinoamericana* (Ámsterdam, Universidad de Ámsterdam, 2017), 7.

²⁶¹ Omar García-Bolívar, “La crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras”, 139

²⁶² Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 316

²⁶³ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, art. 17

²⁶⁴ *Ibíd.*, artículo 96

100 desarrolla con mayor profundidad el régimen de excepcionalidad al establecer que:

En forma excepcional debidamente decretada por el Presidente de la República cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general, cuando no se tenga la capacidad técnica o económica o cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas, el Estado o sus instituciones podrán delegar a la iniciativa privada o a la economía popular y solidaria, la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros.

Se garantizará lo dispuesto en la Constitución y se precautelará que los precios y tarifas por los servicios sean equitativos y que su control y regulación sean establecidos por la institucionalidad estatal.

La modalidad de delegación podrá ser la de concesión, asociación, alianza estratégica, u otras formas contractuales de acuerdo a la ley, observando, para la selección del delegatario, los procedimientos de concurso público que determine el reglamento, salvo cuando se trate de empresas de propiedad estatal de los países que formen parte de la comunidad internacional, en cuyo caso la delegación podrá hacerse de forma directa.²⁶⁵

La importancia de estos artículos radica no solo en la reiteración del régimen de excepcionalidad, sino en que el artículo 100 COPCI regula con mayor especificidad lo que implica al régimen de excepcionalidad. Así, de dicha norma se desprende que el régimen se aplicaría únicamente por Decreto Ejecutivo por razones de (1) necesidad para el interés público, colectivo, (2) por falta de capacidad técnica o económica del Estado y (3) si el mismo no puede cumplir con la demanda del servicio. Además, el régimen de excepcionalidad implica que el Estado se reserva también el derecho de regular las tarifas que el inversionista pudiera cobrar. Finalmente, el artículo enumera a manera ejemplificativa a los títulos habilitantes que pudiera aplicarse dependiendo del sector. Estos son la concesión, asociación, alianza estratégica u otras.

Es importante resaltar que el régimen de excepcionalidad respeta “los principales principios o estándares del derecho internacional público de inversión que tienen aplicación a los contratos administrativos”,²⁶⁶ como la no discriminación, la prohibición de expropiación, entre otros. No obstante, a pesar del claro fundamento del régimen de excepcionalidad vigente en el Acuerdo suscrito con la Unión Europea, resulta relevante anotar que este régimen se encuentra muy ligado a la discreción del Estado Central, por lo que podrían darse supuestos que limiten la inversión extranjera

²⁶⁵ *Ibíd.*, art. 100

²⁶⁶ Javier Robalino, “Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión”. *Revista ecuatoriana de arbitraje*, n° 1 (2009): 42

por la aplicación práctica de estas normas así como por las autoridades que conformen el Ejecutivo.

La parte de la reserva horizontal relacionada a los títulos habilitantes como derechos de concesión, licencias, autorizaciones u otros es abierta ya que cada legislación regulará el derecho que el inversionista pueda adquirir de conformidad con su normativa. Esto porque cada sector estratégico tiene sus características diferentes y es regulado por diferentes instituciones y normativas. Es por eso que el mismo COPCI dispone que “el contrato de inversión no podrá entenderse como autorización para el desarrollo de actividades en sectores estratégicos, en los que se requieran otros títulos habilitantes específicos definidos por las leyes sectoriales, tales como contratos, permisos, autorizaciones, concesiones, etc.”.²⁶⁷ En tal sentido, es evidente que para conocer el título habilitante necesario se debe acudir a la legislación específica para cada sector estratégico regulado.

Para ejemplificar los títulos habilitantes, se puede hacer referencia al sector de las telecomunicaciones. Para poder explotar redes públicas de telecomunicaciones, el artículo 11 de la Ley Orgánica de Comunicaciones dispone que “el establecimiento o instalación y explotación de redes públicas de telecomunicaciones requiere la obtención del correspondiente título habilitante otorgado por la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones”.²⁶⁸ En el mismo sentido el artículo 15 del cuerpo jurídico antes citado indica que, para que la Agencia otorgue títulos de delegación a privados considerará:

Para la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, se otorgarán títulos habilitantes para la provisión de servicios públicos de telecomunicaciones y para el uso del espectro radioeléctrico asociado a dicha provisión, en los siguientes casos:

1. Cuando sea necesario y adecuado para satisfacer el interés público, colectivo o general;
 2. Cuando la demanda del servicio no pueda ser cubierta por empresas públicas o mixtas en las que el Estado tenga mayoría accionaria;
 3. Cuando el Estado no tenga la capacidad técnica o económica;
 4. Cuando los servicios de telecomunicaciones se estén prestando en régimen de competencia por empresas públicas y privadas de telecomunicaciones;
 5. Cuando sea necesario para promover la competencia en un determinado mercado;
- y,
6. Para garantizar el derecho de los usuarios a disponer de servicios públicos de telecomunicaciones de óptima calidad a precios y tarifas equitativas.²⁶⁹

²⁶⁷ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, art. 97

²⁶⁸ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Registro Oficial 439, Suplemento, 18 de febrero de 2015, art. 11

²⁶⁹ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, art. 15

Para concretar los títulos habilitantes del sector, el artículo 37 de la Ley de Telecomunicaciones consagra los siguientes títulos habilitantes:

La Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones podrá otorgar los siguientes títulos habilitantes:

1. Concesión: Para servicios tales como telefonía fija y servicio móvil avanzado así como para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por empresas de economía mixta, por la iniciativa privada y la economía popular y solidaria.
2. Autorizaciones: Para el uso y explotación del espectro radioeléctrico, por las empresas públicas e instituciones del Estado. Para la prestación de servicios de audio y vídeo por suscripción, para personas naturales y jurídicas de derecho privado, la autorización se instrumentará a través de un permiso.
3. Registro de servicios: Los servicios para cuya prestación se requiere el Registro, son entre otros los siguientes: servicios portadores, operadores de cable submarino, radioaficionados, valor agregado, de radiocomunicación, redes y actividades de uso privado y reventa.²⁷⁰

De lo descrito se puede apreciar cómo el Ecuador se reservó en el Acuerdo Multipartes el que la inversión en sectores estratégicos se dé por parte de privados bajo un régimen de excepcionalidad estipulado en la Constitución ecuatoriana, así como en las leyes secundarias, las cuales regulan los diferentes títulos habilitantes que se pueden tramitar. En esta parte de la reserva también hay una confrontación entre la regulación normativa del título habilitante y su aplicación práctica, en donde el trámite de obtención del título podría estar sujeto también a arbitrariedades. Además, al ser legislación secundaria y fácilmente modificable, podrían darse modificaciones normativas empleadas a conveniencia del Estado Central y en perjuicio del inversionista.

La reserva horizontal planteada por el Ecuador en su lista también dispone que “la inversión en determinadas actividades económicas relacionadas con la explotación de sectores estratégicos [...] requerirá [...] la domiciliación o constitución de un establecimiento en el Ecuador para el caso de persona jurídica constituida bajo las leyes de otro país y con domicilio principal en el exterior”.²⁷¹ En otras palabras, esta parte de la reserva refleja al requisito de domiciliación o constitución de las empresas.

Esta reserva tiene su fundamento en el artículo 6 de la Ley de Compañías, el cual dispone que “si las actividades que una compañía extranjera va a ejercer en el Ecuador implicaren la ejecución de obras públicas, la prestación de servicios públicos o la explotación de recursos naturales del país, estará obligada a establecerse en él con

²⁷⁰ *Ibíd.*, artículo 37

²⁷¹ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, Anexo X.

arreglo a lo dispuesto en la Sección XIII de la presente Ley”.²⁷² La Sección XXII regula el proceso de domiciliación de compañías extranjeras ante la Superintendencia de Compañías.

El artículo 6 de la Ley de Compañías se remite también al cumplimiento del artículo 415 de dicha norma. Esto implica que la reserva del Ecuador también está abarcada por dicho artículo junto con sus requisitos. Dicha norma estipula lo siguiente:

Para que una compañía constituida en el extranjero pueda ejercer habitualmente sus actividades en el Ecuador deberá:

1. Comprobar que está legalmente constituida de acuerdo con la Ley del país en el que se hubiere organizado;
2. Comprobar que, conforme a dicha ley y a sus estatutos, puede acordar la creación de sucursales y tiene facultad para negociar en el exterior, y que ha sido válidamente adoptada la decisión pertinente.
3. Tener permanentemente en el Ecuador, cuando menos, un representante con amplias facultades para realizar todos los actos y negocios jurídicos que hayan de celebrarse y surtir efectos en territorio nacional, y especialmente para que pueda contestar las demandas y cumplir las obligaciones contraídas. Igual obligación tendrán las empresas extranjeras que, no siendo compañías, ejerzan actividades lucrativas en el Ecuador; y,
4. Constituir en el Ecuador un capital destinado a la actividad que se vaya a desarrollar. Su reducción sólo podrá hacerse observando las normas de esta Ley para la reducción del capital.

Para justificar estos requisitos se presentará a la Superintendencia de Compañías y Valores los documentos constitutivos y los estatutos de la compañía, un certificado expedido por el Cónsul del Ecuador que acredite estar constituida y autorizada en el país de su domicilio y que tiene facultad para negociar en el exterior. Deberá también presentar el poder otorgado al representante y una certificación en la que consten la resolución de la compañía de operar en el Ecuador y el capital asignado para el efecto, capital que no podrá ser menor al fijado por el Superintendente de Compañías y Valores, sin perjuicio de las normas especiales que rijan en materia de inversión extranjera.²⁷³

Como se puede ver, la norma antes citada contiene algunos requisitos adicionales que el inversionista debe cumplir para iniciar operaciones en el Ecuador. Cabe indicar, que el incumplimiento de esta obligación de domiciliación o constitución trae como consecuencia la nulidad del contrato o del título habilitante que el inversionista deba obtener. El artículo 6 de la mencionada Ley dispone también que el inversionista debe tener su domicilio en el país “antes de la celebración del contrato correspondiente. El incumplimiento de esta obligación, determinará la nulidad del contrato respectivo”.²⁷⁴

²⁷²Ecuador, *Ley de Compañías*, Registro Oficial 312, Suplemento, 5 de noviembre de 1999), art. 37

²⁷³ Ecuador, *Ley de Compañías*, artículo 415

²⁷⁴ Ecuador, *Ley de Compañías*, artículo 6

Esta parte de la reserva amerita un especial contraste con los modos de prestación del servicio. Al exigir la reserva el domicilio del inversionista, ésta se limita exclusivamente al modo 3 de comercio de servicios o presencia comercial, e inhabilita automáticamente la aplicabilidad de los demás modos de suministro. Esto porque el modo 1 no exige la presencia del proveedor en el territorio receptor; y porque los modos 2 y 4 se vinculan con personas naturales más no con personas jurídicas.

La legislación específica para cada sector también regula este particular. Así por ejemplo, la Ley de Telecomunicaciones dispone que “se podrán otorgar títulos habilitantes para la prestación de servicios de telecomunicaciones, uso o explotación del espectro radioeléctrico y establecimiento y operación de redes de telecomunicaciones a personas naturales residentes o jurídicas domiciliadas en el Ecuador”.²⁷⁵ Estos requisitos específicos se deben cumplir a través del proceso regulado por la Ley de Compañías.

La siguiente parte de la reserva hace referencia a los sectores estratégicos cubiertos por la reserva. La reserva dispone que la exigencia de obtener un título habilitante así como de domiciliación será exigible para:

[L]a provisión de servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, servicios de explotación de energía en todas sus formas, la explotación de recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el agua, el espectro radioeléctrico.²⁷⁶

Esta referencia sectorial para la inversión extranjera en el ACM tiene también un fundamento constitucional. El artículo 313 de la Constitución del 2018 dispone que “se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley.”²⁷⁷ Complementariamente, el artículo 314 dispone que “el Estado será responsable de la provisión de los servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad, infraestructuras portuarias y aeroportuarias, y los demás que determine la ley”.²⁷⁸ De

²⁷⁵ *Ibíd.*, artículo 19

²⁷⁶ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, Anexo X.

²⁷⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 313

²⁷⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 314

esta forma se desprende cómo la reserva ecuatoriana se remite expresamente a los sectores estratégicos definidos por la Constitución del Ecuador.

Existe también legislación que regula esta definición. Así por ejemplo el artículo 100 del COPCI dispone que el Estado puede delegar a inversionistas “la gestión de los sectores estratégicos y la provisión de los servicios públicos de electricidad, vialidad, infraestructuras portuarias o aeroportuarias, ferroviarias y otros”.²⁷⁹ Otro ejemplo se desprende de la Ley de Telecomunicaciones, cuyo objeto consiste en “desarrollar, el régimen general de telecomunicaciones y del espectro radioeléctrico como sectores estratégicos del Estado [...]”.²⁸⁰

La reserva ecuatoriana también dispone que “la adquisición total o parcial de paquetes accionarios o cualquier derecho sobre el control, dirección o administración, sobre empresas dedicadas a los ámbitos cubiertos en el párrafo anterior, puede estar sujeta a la aprobación de las autoridades competentes”.²⁸¹

Esta reserva podría levantar cuestionamientos por parte de los inversionistas, principalmente en lo relativo a la libre transferencia de acciones. Por un lado, la Ley de Compañías dispone que las transferencias de acciones de las compañías “sujetas a la vigilancia de la Superintendencia de Compañías y Valores; serán comunicadas a ésta”.²⁸² Este supuesto denota una obligación de notificación de las compañías, más no una que implique la solicitud de autorización por parte de las autoridades. Por otro lado, cuando el COPCI se refiere a los derechos de los inversionistas, indica que éstos tendrán la “libertad para adquirir, transferir o enajenar acciones, participaciones o derechos de propiedad sobre su inversión a terceros, en el país o en el extranjero, cumpliendo las formalidades previstas por la ley”.²⁸³

Por citar un ejemplo, si un inversionista europeo opera en el Ecuador a través de una compañía anónima, y éste transfiere sus acciones a una empresa teniendo toda la flexibilidad para hacerlo por la naturaleza de las compañías anónimas y las normas antes citadas, entraría esta actividad en cierta inconformidad con el contenido de la reserva objeto del presente análisis.

A pesar de que existan normas que pudieran contradecir lo dispuesto en la reserva ecuatoriana, se debe tomar en cuenta que, a nivel constitucional, rige la

²⁷⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, art. 100

²⁸⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, Registro Oficial 439, art. 1

²⁸¹ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, Anexo X.

²⁸² Ecuador, *Ley de Compañías*, art 21

²⁸³ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, art. 19

excepcionalidad de la inversión extranjera privada para los sectores estratégicos.²⁸⁴ Siendo esto así, se justifica la reserva en base a la sensibilidad que trae consigo el que una compañía privada invierta en sectores que son de exclusiva responsabilidad del Estado, lo que motiva un mayor control.

Otro argumento que fundamenta dicha reserva es la regulación normativa específica para cada sector estratégico. Tomando en cuenta que la legislación varía dependiendo del sector, el Ecuador estableció esta parte de la reserva de forma abierta, para que sea el sector el que decida, a través de su normativa, si la autorización por parte de la autoridad es requerida cuando se transfieren acciones o hay cambios en la administración y control de la empresa. De este modo, el artículo 44 de la Ley de Comunicaciones dispone que:

Los títulos habilitantes no podrán enajenarse, cederse, transferirse, arrendarse o gravarse por ningún medio sin autorización de la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones. Incurrir en esta prohibición, será causa suficiente para la terminación anticipada del título habilitante, sin perjuicio de las consecuencias previstas en el ordenamiento jurídico vigente.²⁸⁵

A pesar de que ante la Superintendencia de Compañías solamente baste la notificación de una transferencia de acciones, y a pesar de que el COPCI consagra la libre transferencia de acciones como un derecho del inversionista; se debe tener en cuenta que debido al régimen de excepcionalidad que rige para los sectores estratégicos, la autorización de este tipo de cambios puede estar sujeta a la autoridad del ramo de inversión. Esto constituye una característica de este régimen de excepción, en donde dicha autorización dependerá de la regulación específica del tipo de sector estratégico así como del contenido del título habilitante, en donde por la aplicación práctica de estas normas o de una posibilidad de transferencia de acciones, podría darse una limitación a la inversión extranjera.

Finalmente, la reserva dispone que “los criterios de otorgamiento de licencias, autorizaciones y otros títulos habilitantes serán transparentes y no discriminatorios sobre la participación de establecimientos de la Parte de la UE y no constituirán una restricción cuantitativa para el establecimiento”.²⁸⁶ Esta parte de la reserva refuerza lo

²⁸⁴ Régimen que, como se indicó anteriormente, también está estipulado en el artículo 96 y 100 del COPCI.

²⁸⁵ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, art. 44

²⁸⁶ *Acuerdo Comercial Multipartes*, 2016, Anexo X.

dispuesto por los artículos 112 y 113 del Acuerdo Comercial Multipartes, los cuales regulan la obligación de Acceso a Mercados y Trato Nacional entre las Partes.

Al respecto, la Constitución ecuatoriana dispone en su artículo 339 que la inversión extranjera estará sujeta al cumplimiento del ordenamiento jurídico ecuatoriano así como a la aplicación de los derechos.²⁸⁷ En el mismo sentido, el artículo 316 prescribe que la delegación a la inversión extranjera directa se realizará respetando los límites establecidos para cada sector estratégico.²⁸⁸ De las normas antes citadas se desprende que la Constitución establece desde un inicio parámetros y límites, como la no discriminación y transparencia, los cuales deberán ser desarrollados en la normativa de cada sector estratégico.

En el mismo sentido, el artículo 17 del COPCI establece que:

Los inversionistas nacionales y extranjeros, las sociedades, empresas o entidades de los sectores cooperativistas, y de la economía popular y solidaria, en las que éstos participan, al igual que sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, con las limitaciones previstas en la Constitución de la República, gozarán de igualdad de condiciones respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias. Las inversiones y los inversionistas extranjeros gozarán de protección y seguridades plenas, de tal manera que tendrán la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional.²⁸⁹

La legislación específica de cada sector estratégico es la que debe cumplir con esta obligación. Cada sector debe estar regulado por legislación promulgada de conformidad con el procedimiento respectivo, a fin de dar cumplimiento con la obligación de transparencia del Ecuador. Además, estas normas no deben contener elementos que sean considerados discriminatorios para los inversionistas extranjeros. Un ejemplo de la transparencia y no discriminación en los criterios de otorgamiento de las licencias se desprende del artículo 40 de la Ley de Telecomunicación. Dicha norma determina que:

Para el otorgamiento y renovación de los títulos habilitantes para la prestación de servicios a empresas mixtas, organizaciones de economía popular y solidaria y empresas privadas, la Agencia de Regulación y Control de las Telecomunicaciones considerará la necesidad de atender: al desarrollo tecnológico, a la evolución de los mercados, al Plan Nacional de Telecomunicaciones, a las necesidades para el desarrollo sostenido del sector y del Estado y el acceso universal a las tecnologías de información y comunicación, así como a la satisfacción efectiva del interés público o general. Podrá negar el otorgamiento o renovación de tales títulos considerando la

²⁸⁷ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador de 2008*, art. 339

²⁸⁸ *Ibíd.*, artículo 316

²⁸⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, art. 17

normativa, disposiciones o políticas que se emitan para tal fin, antes del trámite de solicitud de otorgamiento del título habilitante o su renovación.²⁹⁰

Como se puede ver, la norma relativa al sector detalla los criterios para el otorgamiento de los títulos habilitantes, de su contenido normativo no se desprende que existan elementos que pudieran presumir una vulneración al Trato Nacional en el comercio del servicio. Sin embargo, al estar sujeta esta parte de la reserva al otorgamiento por parte del Estado Central, podrían darse supuestos en donde la autoridad incurra en arbitrariedades.

²⁹⁰ Ecuador, *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*, art. 40

Conclusiones

Desde los años 40, en los que el mundo dio un giro hacia la tautología de las relaciones internacionales, la creación de instituciones internacionales y la apertura de mercados a través del comercio exterior, el Ecuador ha contado con seis Constituciones, las cuales han consagrado distintos tintes políticos y económicos. Estas Cartas Magnas han defendido varios regímenes económicos, en los que el Ecuador ha pasado de un régimen de economía de mercado a un régimen de economía social y solidaria. Paralelamente, debido a diferentes ideologías que motivaron la promulgación de estas Constituciones, el nivel de intervención del Estado en la economía ha variado entre un notable intervencionismo o un régimen complementario a la actividad exportadora.

Desde la Constitución de 1945, con excepción en la de 1946, las Constituciones del Ecuador han regulado a los sectores estratégicos otorgándole al Estado su titularidad, y regulando el derecho de privados para su explotación. En consecuencia, las normas constitucionales del país han regulado la forma en que los sectores estratégicos podrían ser explotados por el sector privado extranjero, en donde sobresalen las Constituciones del año 1979 y 2008 como las que más han regulado estas actividades a través de regímenes de excepción y de títulos habilitantes.

En lo que respecta a la relación entre los instrumentos internacionales y la legislación nacional, el Ecuador ha mantenido tradicionalmente un sistema monista, en donde la Constitución es la norma suprema del ordenamiento jurídico, y los instrumentos internacionales, incluidos los comerciales, deben guardar conformidad con el contenido de la Constitución.

Las inversiones extranjeras están fuertemente ligadas con el derecho de comercio exterior, en particular con las normas de la Organización Mundial del Comercio. El Ecuador se adhirió a esta institución internacional en el año 1996 asumiendo así los compromisos contenidos en sus Acuerdos Multilaterales.

El Acuerdo General sobre Comercio de Servicios administrado por la OMC es el principal instrumento que regula a los derechos y obligaciones de sus Miembros en este ámbito. Dentro de los modos de suministro de servicios estipulados en este Acuerdo consta el modo 3 o establecimiento de personas jurídicas. Esto implica la domiciliación o apertura de empresas extranjeras, relacionando así a este modo con las inversiones extranjeras.

Bajo el Acuerdo General sobre Comercio de Servicios, los Miembros de la OMC deben contar con una lista de compromisos específicos en los diferentes sectores y subsectores en los que se puede proveer un servicio. En ésta se consagran los compromisos de acceso a los mercados y trato nacional en cada modo de suministro.

En la lista de compromisos de los Miembros de la OMC se pueden establecer reservas horizontales aplicables a todos los sectores negociados. Estas reservas responden principalmente a la necesidad de los países de proteger al interés público, defender su soberanía y sobre todo el mandato de sus Constituciones. La lista de compromisos del Ecuador ante la OMC contiene pocos sectores negociados así como pocas reservas horizontales que no guardan relación con la Constitución de 1979, la cual estuvo vigente cuando el Ecuador se adhirió a la OMC.

El artículo V del Acuerdo General sobre Comercio de Servicios permite que los Miembros se concedan mejores condiciones que las negociadas ante la OMC entre sí, a través de la suscripción de Acuerdos Comerciales.

En el año 2016, el Ecuador se adhirió al Acuerdo Comercial Multipartes que la Unión Europea había suscrito con Colombia y Perú. En consecuencia, el Ecuador negoció con la Unión Europea una nueva lista de comercio de servicios con compromisos y reservas que regirán únicamente dentro de la relación comercial entre nuestro país y la Unión Europea.

En el proceso de negociación de la lista de compromisos en materia de servicios, el Ecuador negoció con estricto apego a lo dispuesto por la Constitución del año 2008. En consecuencia, estableció una reserva horizontal protegiendo lo dispuesto por dicha Carta Magna en relación a las inversiones de privados en sectores estratégicos.

La reserva del Ecuador en materia de sectores estratégicos dispone expresamente que la titularidad para la explotación de estos sectores le corresponderá a nuestro país, y que la inversión europea en éstos se dará bajo el régimen de excepcionalidad que implica además la obtención de un título habilitante por parte del inversionista, así como su domiciliación en el país.

La explotación de los sectores estratégicos le corresponde al Estado ya que tradicionalmente han sido considerados como bienes públicos al servicio de la comunidad, en donde se abre la posibilidad de la participación del sector privado extranjero de forma excepcional y cuando el Estado no pueda explotar el sector por sí solo.

Los títulos habilitantes que el inversionista extranjero puede obtener son varios y dependerán de la legislación que regule a dicho sector. Estos títulos son otorgados en base a estándares de transparencia y evitando arbitrariedades y tratos discriminatorios.

Relacionado con el estricto régimen de excepcionalidad, la reserva ecuatoriana también dispone que el inversionista podrá estar obligado a notificar a la autoridad relacionada con su inversión cuando se transfieran acciones de su empresa o se altera la estructura de su administración. A pesar de que esta parte de la reserva pudiera contradecir ciertos principios y normas de carácter societario, el fundamento de esta parte de la misma se vincula con el régimen de excepcionalidad, el cual ha sido configurado para proteger al interés público y a los recursos agotables del Ecuador.

La reserva del Ecuador en el Acuerdo con la Unión Europea trata a las inversiones extranjeras de forma más rigurosa que lo establecido por el Ecuador en su adhesión a la Organización Mundial del Comercio, en donde a pesar de que las Constituciones de 1979 y 2008 tengan ideologías similares, la actual demuestra cómo el Estado Central se ha encargado de regular de forma estricta y concentrada a las inversiones extranjeras.

A pesar de que la reserva tenga un fundamento constitucional muy claro, ésta podría limitar de forma indirecta a la inversión extranjera en sectores estratégicos, ya que su regulación está fuertemente ligada al Estado Central. Así, su implementación se podría agravar en los supuestos en donde por la aplicación práctica del régimen de excepcionalidad o de las normas que regulan el otorgamiento de títulos habilitantes, el Estado Central, o quien lo represente, incurra en arbitrariedades en perjuicio de la inversión extranjera.

Es imperioso que las negociaciones de acuerdos comerciales en materia de servicios estén guiadas por el régimen de excepcionalidad. Esto debido a que los instrumentos comerciales deben guardar conformidad con la Constitución del Ecuador, en donde la excepcionalidad viene a ser un principio constitucional. Sin embargo, este principio podría resultar contraproducente si es que los principales competidores del Ecuador en materia de fomento y atracción de inversiones mantienen estándares constitucionales más flexibles.

Bibliografía

- Alava, Milton. *40 años de constitucionalismo*. Quito: Editorial Voluntad, 2000.
- Arízaga, Rafael. *Las Constituyentes*. Quito: Editorial Fraga, 1998.
- Asociación Latinoamericana de Integración. *Estudio sobre la situación de las negociaciones y el comercio de servicios regional e internacional*. 02 de diciembre de 2004. Estudio 169.
- Ávila, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino. Análisis desde la doctrina y el derecho comparado*. Quito: Ministerio de Derechos Humanos y Justicia, 2008.
- Ballesteros, Alfonso. *Comercio exterior: teoría y práctica*. Murcia: Universidad de Murcia, Servicio de Publicaciones, 2001.
- Bassols, Martín. *Constitución y sistema económico*. Madrid: Editorial Tecnos S.A., 1988.
- Benavides, Geovanny. “Breve introducción al comercio internacional de los servicios”. *Revista Mutis*, n° 1 (2011): 19-43.
- Borja, Arturo. “Inversión Extranjera Directa y Desarrollo”. *El Trimestre Económico* 222(2), n°. 56, (1989): 509-517.
- Bustamante, Juan Carlos. “Inversión Extranjera en América Latina/Ecuador”. En *Inversión Extranjera en América Latina. Aspectos Legales*. Coord. Pablo Berckholts. Buenos Aires: Editorial Hammurabi, 1991.
- Cabello, Miguel. *Las Aduanas y el Comercio Internacional*. Madrid: Esic Editorial, 2009.
- Campos, Octaviano. “La Zona de Libre Comercio de América Latina”. *Investigación Económica* 79, n°. 20, (1960): 523-543.
- Casas, Ángel. *El modelo regional andino. Enfoque de economía política internacional*. Quito: ABYA YALA, 2003.
- Comunidad Andina. *Acuerdo de Integración Subregional Andino*. 26 de mayo de 1969.
- Condon, Bradley. *El Derecho de la Organización Mundial del Comercio*. Londres: Cameron May, 2007.
- Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. *Regulación Internacional de la Inversión: Balance, retos y camino a seguir*. Ginebra: Naciones Unidas, 2008.

- Choudhury, Barnali. "Recapturing Public Power: Is Investment Arbitration's Engagement of the Public Interest Contributing to the Democratic deficit?" *Vanderbilt Journal of Transnational Law* 17, n° 41, (2008): 1-42.
- Ecuador. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 228, Suplemento, 6 de marzo de 1945.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 773, Suplemento, 20 de agosto de 1946.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 133, Suplemento, 25 de mayo de 1967.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 800, Suplemento, 27 de marzo de 1979.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 01, Suplemento, 11 de agosto de 1998.
- . *Constitución Política de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, Suplemento, 20 de octubre de 2008.
- . *Ley de Compañías*. Registro Oficial 312, Suplemento, 5 de noviembre de 1999.
- . *Ley Orgánica de Telecomunicaciones*. Registro Oficial 439, Suplemento, 18 de febrero de 2015.
- . *Protocolo de Adhesión a la Organización Mundial del Comercio*. Registro Oficial 853, Suplemento, 2 de enero de 1996.
- . *Protocolo de Adhesión del Acuerdo Comercial Multipartes entre la Unión Europea y sus estados miembros, por una parte, y Colombia y el Perú, por otra, para tomar en cuenta la adhesión del Ecuador*. Registro Oficial 906, Suplemento, 20 de diciembre de 2016.
- Estéves, Vernon. "Desarrollo del Mercado Común Latinoamericano". *El Trimestre Económico* 103(3), n° 26, (1959): 398-409.
- Fernández-Matos, Antonio. "Comercio de Servicios: Un complejo proceso de liberalización". *Revista ICE*, n° 735 (2000): 54-70.
- Francois Joseph y Hoekman Bernard. "Services Trade and Policy". *Journal of Economic Literature*, n° 48, (2010): 642-692.

- García-Bolívar, Omar. "La crisis del Derecho Internacional de Inversiones Extranjeras". *Revista de la Secretaría Permanente de Revisión* 3, n° 5, (2015): 137-163.
- Guerra Gustavo. "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". *Informe de Investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador*. 2010.
- Hill, Ted. *En bienes y servicios*. Norwich: Universidad de Anglia del Este, 1977.
- Kelsen, Hans. *Teoría General del Derecho y del Estado*. México: UNAM, 1995.
- Leroux, Eric. "SIXTEEN YEARS OF GATS CASE LAW: WHAT HAVE WE LEARNED?" *Journal of Economic Law* 1, n° 47, (2007): 749-750.
- Lester Simon, Mercurio Bryan, Arwel Davies y Leitner Kara. *World Trade Law: Text, Materials and Commentary*. Oxford: Hart Publishing, 2008.
- Lobejón, Luis Fernando. *El Comercio Internacional*. Madrid: Ediciones Akal, 2001.
- Loja, Lourdes. "La inversión extranjera directa en el Ecuador durante el periodo 1979-2011: análisis de su incidencia en el crecimiento económico". Tesis de grado, Universidad de Cuenca, 2003.
- Matsushita Mitsuo, Schoenbaum Thomas y Mavroidis, Petros. *The World Trade Organization: Law, practice and policy*. Nueva York: The Oxford International Law Library, 2006.
- Menéndez, Aurelio. *Constitución, Sistema Económico y Derecho Mercantil*. Madrid: Universidad Autónoma de Madrid, 1982.
- Ministerio de Comercio Exterior. *Memorias de las Negociaciones del Acuerdo Multipartes entre Ecuador y la Unión Europea*. Quito: Ministerio de Comercio Exterior, 2016.
- Mitchel, Andrew y Lockhart, Nicolas. "Legal requirements for PTAs under the WTO". En *Bilateral and Regional Trade Agreements*, edit. Lester, Simon y Mercurio, Bryan. Cambridge: Cambridge University Press, 2010.
- Montúfar, César. *La Reconstrucción Neoliberal*. Quito: Ediciones Abya Yala, 2000.
- Mora, Elsa. *La regulación del comercio de servicios*. 2008. http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_843_135148_C5ADC5444986971E84A43A6210DF7951.pdf.
- Mordegliá, Roberto. *Elementos del Derecho Constitucional Económico*. Buenos Aires: La Ley, 1990.

- Naciones Unidas. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo de 1969.
- Negro, Sandra. *La adhesión de Estados a los esquemas de integración: los casos de la Unión Europea y el Mercosur*. 2018. <https://eulacfoundation.org/es/system/files/La%20adhesi%C3%B3n%20de%20Estados%20a%20los%20esquemas%20de%20integraci%C3%B3n.pdf>
- Nogueira, Humberto. *Constitución y Derecho Internacional de los Derechos Humanos*. 2018. <http://biblio.juridicas.unam.mx/libros/1/113/30.pdf>.
- Organización Mundial del Comercio. “Informe del Grupo Especial de 11 de febrero de 2000” *Caso Canadá- Determinadas medidas que afectan a la industria del automóvil*. 11 de febrero del 2000.
- . “Informe del Grupo Especial de 22 de mayo de 1997”. *Caso Comunidades Europeas- Régimen de importación, venta y distribución de banano*. 22 de mayo de 1997.
- . *Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio*. 1994
- . *Acuerdo General sobre el Comercio de Servicios*. 1994.
- . *Acuerdo por el que se establece la Organización Mundial del Comercio*. 1994
- . *Comercio de Servicios*. 2005. https://www.wto.org/spanish/thewto_s/20y_s/services_brochure2015_s.pdf
- . *El Comercio de Servicios en la OMC*. Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2014.
- . *Informe sobre el Comercio Mundial*. 2010.
- . *La medición del comercio de servicios*. Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2011.
- . *Lista de Clasificación Sectorial de los Servicios*. 1991. Documento MTN.GNS/W/120.
- . *The General Agreement on Trade in Services: An Introduction*. Ginebra: Organización Mundial del Comercio, 2006.
- Ovsejevich, Luis. *Mercado Común*. Buenos Aires: Editorial Bibliográfica Argentina, 1964.
- Paz y Miño, Juan. “Constituyentes, Constituciones y Economía”. *Historia y Economía* Año VIII, n° 06, (junio de 2007). <http://the.pazymino.com/boletinJunio07A.pdf>

- Quintero, Rafael. “Las innovaciones conceptuales de la Constitución de 2008 y el Sumak Kawsay”. En *El Buen Vivir*, comp. Alberto Acosta. Quito: Ediciones Abya-Yala, 2009.
- Resico, Marcelo. *Introducción a la economía social de mercado*. Río de Janeiro: Fundación Konrad Adenauer, SA, 1998.
- Robalino, Javier. “Los contratos administrativos y el derecho internacional de la inversión”. *Revista ecuatoriana de arbitraje*, n°. 1 (2009): 33-54
- Rojas, Víctor. *La zona de libre comercio de América del Norte, el inicio*. México: Universidad Iberoamericana, 2009.
- Schill, Stephan. *Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público comparado en una perspectiva latinoamericana*. Ámsterdam: Universidad de Ámsterdam, 2017.
- Seara, Modesto. *Derecho Internacional Público*. México: Editorial Porrúa, 2001.
- Segura, Antonio. “Los Acuerdos Comerciales Regionales y Bilaterales”. En *Derecho Internacional Económico*, coord. Luis Hinojosa y Javier Roldán. Madrid: Ediciones Jurídicas y Sociales, 2010.
- Sulser, Rosario. *Tratados Comerciales Internacionales*. México: Editorial ISEF, 2006.
- Vaitsos, Constantine. “El cambio de políticas de los gobiernos latinoamericanos con relación al desarrollo económico y la inversión extranjera directa”. *El Trimestre Económico* 41, n°. 16, (enero- marzo de 1974): 137-171.
- Vargas, Cristina. “Modificación del Régimen Jurídico de la Inversión Extranjera en Colombia”. *CIDOB d'Afers Internacionals* 24, n° 23, (1992): 139-156
- Vargas, Edmundo. *Derecho Internacional Público*. Santiago de Chile: Editorial Jurídica de Chile, 2007.
- Vintimilla, Jaime. “La Constitución Económica del Ecuador”. *IURIS DICTIO* 16, n°.17, (2015): 127-147.
- Viñas, Ángel. *Al servicio de Europa: innovación y crisis en la Comisión Europea*. Madrid: Editorial Complutense, 2004.

