

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Estudios Sociales y Globales

Programa de Maestría en Relaciones Internacionales

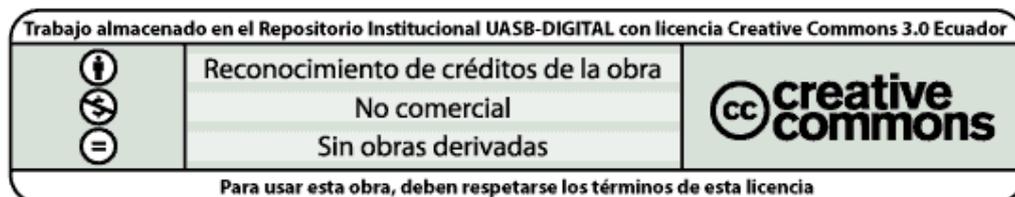
Mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de
Conflictos

**Los países en desarrollo frente a las negociaciones
internacionales de inversiones: la estrategia de Ecuador**

Autor: Edwin Santiago Núñez Naranjo

Tutor: Gustavo Guerra Bello

Quito, 2016



Cláusula de cesión de derecho de publicación de tesis/monografía

Yo, Edwin Santiago Núñez Naranjo, autor de la tesis intitulada “Los países en desarrollo frente a las negociaciones internacionales de inversiones: la estrategia de Ecuador”, 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 magíster en Relaciones Internacionales con mención en Negociaciones Internacionales y Manejo de Conflictos en la Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador.

1. Cedo 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 formato virtual, electrónico, digital u 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/a 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: Quito, 04 de julio de 2016

Firma:

Los autores deben firmar esta declaración.

Abstracto:

Ante el aumento de los cuestionamientos sobre el Régimen internacional de inversiones actual, que se han manifestado en la ralentización de la suscripción de acuerdos internacionales por parte de los PED y en las críticas cada vez más generalizadas del sistema de solución de controversias en materia de inversiones, temas sobre los que Ecuador ha demostrado tener una posición radical y coherente con la tendencia global, surge el desafío de llevar a cabo una inminente reforma. El presente documento académico aborda este problema con la visión de fortalecer las capacidades de crítica, de reflexión, de análisis, de conocimiento técnico sobre los desafíos que se plantean a nivel internacional y local con el fin de construir una estrategia ecuatoriana a partir de los avances y puntos críticos que ha enfrentado el país en la cimentación de una política estatal de regulación y promoción de la inversión extranjera que esté en concordancia con los intereses nacionales.

Agradecimientos

Un profundo agradecimiento a todos quienes han aportado con su conocimiento, tiempo y disposición; entre ellos, a quienes forman parte de las instituciones que me abrieron sus puertas para llevar a cabo la presente investigación (SENPLADES, CAITISA, Ministerio de Comercio Exterior, entre otros). Un agradecimiento especial al Dr. Gustavo Guerra Bello, Director de Tesis, ya que gracias a su guía, y apoyo, se pudo realizar el presente trabajo. Así mismo, un agradecimiento a cada uno de los catedráticos de la UASB, nacionales y extranjeros, y a mis compañeros que me han apoyado con sus valiosas ideas.

Finalmente, el más sentido de mis agradecimientos a mi familia, cuyos valores y enseñanzas me han permitido trabajar por cumplir mis logros que son suyos también.

Edwin Santiago Núñez Naranjo

Tabla de Contenido

Cuadro de Abreviaturas	7
Introducción	9
Capítulo primero	12
El régimen internacional de inversiones	12
1. Las negociaciones internacionales sobre acuerdos de inversión.....	12
1.1. Los Países Desarrollados y en Desarrollo: su relación de dependencia. 17	
1.2. Una revisión de los avances multilaterales y bilaterales sobre la regulación de la inversión.....	21
1.3. El discurso de Brasil, Rusia, India, China, y Sudáfrica y de los países del G77+China sobre la regulación de inversiones.	26
2. Espacios internacionales de discusión sobre regulación de inversiones.....	29
2.1. Accra – Ghana 2008	31
2.2. Xiamen – China 2010.....	32
2.3. Doha – Catar 2012.....	34
2.4. Ginebra – Suiza 2014	34
2.5. El sistema de Solución de controversias entre los Estados y los inversionistas: estructura y funcionamiento.	36
2.6. El poder de las transnacionales en el régimen internacional de inversiones.....	38
Capítulo segundo	42
La experiencia ecuatoriana en la negociación de acuerdos de inversión.....	42
3. Una revisión histórica de la participación de Ecuador en las negociaciones internacionales sobre acuerdos de inversión: en el ámbito multilateral y bilateral. ..	42
3.1. Multilateralismo	42
3.2. Bilateralismo.....	47
4. El clima interno del Ecuador sobre la regulación de inversiones entre 1990 y 2014. 52	
4.1. La denuncia de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones por parte del Ecuador: Caso CIADI.	55
4.2. La denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión firmados por Ecuador.....	56
4.3. Revisión de la estructura institucional, organizativa y normativa del Ecuador frente a los procesos internacionales de regulación de inversiones.	58

Capítulo tercero.....	68
Lineamientos necesarios para la construcción de una estrategia ecuatoriana para la negociación de acuerdos internacionales de inversión	68
5. Factores externos que influyen en la construcción de una estrategia propia por parte de Ecuador	68
5.1. Los desafíos en la construcción de un nuevo Régimen de Acuerdos Internacionales de Inversión.	76
5.2. Los desafíos en la construcción de un nuevo sistema de Solución de Controversias	78
6. Factores internos que influyen en la construcción de una estrategia de Ecuador frente a la regulación y promoción de la inversión extranjera	81
6.1. Los puntos críticos en la institucionalidad, estructura organizacional, y seguridad jurídica del Ecuador frente a los procesos de regulación y promoción de la inversión extranjera.....	82
Conclusiones.....	86
Bibliografía	91

Tabla de gráficos, tablas e ilustraciones

Gráfico 1.	30
Gráfico 2.	62
Gráfico 3.	65
Tabla 1.	48
Tabla 2.	63
Tabla 3.	64

Cuadro de Abreviaturas

AII	Acuerdos Internacionales de Inversión
APPRI	Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones
ALCA	Área de Libre Comercio de las Américas
ATPDEA	Ley de Preferencias Arancelarias Andinas y de Erradicación de Drogas
BM	Banco Mundial
BNF	Banco Nacional de Fomento
CAO	Comunidad Africana Oriental
CAITISA	Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones
CAN	Comunidad Andina
CFN	Corporación Financiera Nacional
CIADI	Centro Internacional de Arbitraje de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones
COMESA	Mercado Común de África Oriental y Austral
COMEX	Comité de Comercio Exterior
COMEXI	Consejo de Comercio Exterior e Inversiones
COPCI	Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
CORPEI	Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones
CNUDMI	Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
DR-CAFTA	Tratado de Libre Comercio entre República Dominicana, Centroamérica y Estados Unidos de América
ECAPAG	Empresa Cantonal de Agua Potable y Alcantarillado de Guayaquil
FMI	Fondo Monetario Internacional
FUNDACYT	Fundación de Ciencia y Tecnología
GATT	Acuerdo General sobre Aranceles Aduaneros y Comercio
IBA	International Bar Association
IED	Inversión Extranjera Directa
MASC	Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos
MCPEC	Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad

MIC	Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio
MICIP	Ministerio de Industrias, Comercio, Integración y Pesca
OCDE	Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico
OMC	Organización Mundial del Comercio
OPEP	Organización de Países Exportadores de Petróleo
PED	Países en Desarrollo
PD	Países Desarrollados
PGE	Procuraduría General del Estado
PNPI	Plan Nacional de Promoción de Inversiones no Petroleras
PROECUADOR	Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones
RAII	Régimen de Acuerdos Internacionales de Inversión
SADC	Comunidad de Desarrollo de África Austral
SCIE	Sistema de Solución de Controversias entre Inversores y el Estado (SCIE)
SENACYT	Secretaría Nacional de Ciencia y Tecnología
TBI	Tratado Bilateral de Inversiones
TLC	Tratado de Libre Comercio
TDT	Tratados para evitar la doble tributación
TLCAN	Tratado de Libre Comercio de América del norte
ATCI	Asociación Transatlántica de Comercio e Inversión
UNCTAD	Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo

Introducción

El régimen internacional de inversiones se encuentra en una situación crucial. Se vislumbra en el horizonte cercano una inminente reforma de los acuerdos internacionales de inversión y del sistema de solución de controversias. La reforma se presenta como resultado de la incesante búsqueda de cambio llevada a cabo principalmente por los países en desarrollo, quienes por décadas han experimentado los resultados de un modelo capitalista global, el cual ha asegurado los intereses de un grupo particular a través de acuerdos internacionales beneficiosos para el capital transnacional y perjudiciales para los intereses de los Estados. Una corriente cada vez más generalizada, de la que Ecuador es parte, se ha formado, en contraposición al régimen actual, con apoyo de otros bloques de Estados como los BRICS, que han encontrado en las iniciativas de reforma una alternativa de multipolarismo. Sin embargo, los Estados no son los únicos actores en la escena internacional, ya que han aparecido varios nuevos con un rol protagónico en la reestructuración de las políticas internacionales de regulación y promoción de la inversión extranjera, entre ellos empresas transnacionales, organismos internacionales, grupos de la sociedad civil, etc.

De ahí que el presente documento académico se ha realizado desde una perspectiva transnacionalista, a través de un marco analítico más incluyente y alejado de la visión clásica del centralismo del Estado-nación. Desde el transnacionalismo, se pretende revisar los nuevos avances internacionales en la actual estructura capitalista global, reconocida como globalización, y brindar lineamientos claros que sirvan para la construcción de una estrategia estatal que le permita al Ecuador atacar los puntos críticos, relativos a los procesos de negociación de acuerdos de inversión pasados, y enfrentar los desafíos actuales a nivel interno y externo en materia de regulación y promoción de inversión extranjera. Adicionalmente, el texto intentará proporcionar datos claves de la coyuntura internacional para potenciar la representación de los países en desarrollo en los nuevos espacios multilaterales desde un punto de vista crítico de los debates actuales sobre desarrollo y las estrategias de empoderamiento que se han adoptado frente al régimen, con un énfasis especial en el caso ecuatoriano.

Desde este enfoque, en el primer capítulo se realiza un recorrido histórico sobre la conceptualización de desarrollo, sobre el poder adquirido de las empresas transnacionales y sobre los avances en la negociación de acuerdos internacionales de inversión, temas que forman un antecedente común y que han dado forma al presente escenario internacional, caracterizado por una clara afición a la negociación bilateral. Se revisan además los espacios internacionales creados a fin de promover el diálogo y el consenso entre los nuevos actores, contextualizando las acciones y las políticas internas de los países en un ámbito más global.

Es así como en un inicio, este documento intenta proporcionar aspectos generales de la coyuntura internacional para en segunda instancia analizar la participación del Ecuador en el marco de los avances internacionales, en los espacios creados y acorde a las nuevas tendencias. En consecuencia, en el segundo capítulo del documento se abordan las decisiones tomadas por el Estado ecuatoriano frente a la negociación de acuerdos de inversión y al sistema de solución de controversias. El punto central de este capítulo es vislumbrar si las decisiones, los instrumentos internacionales suscritos, y las leyes internas adoptadas fueron acogidas en virtud de una estrategia institucional propia del Ecuador o fueron consecuencias coyunturales de las circunstancias y tendencias globales que se presentaron en su momento, las cuales influyeron en los gobiernos de turno del país y en sus estructuras. De ahí que se revisa la participación del país en las negociaciones de acuerdos de inversión en el ámbito multilateral y bilateral, así como el clima interno del país respecto de la regulación de la inversión extranjera entre 1990 y 2014. Los datos estadísticos que se presentan en la investigación tienen fecha de corte 31 de diciembre de 2014, mientras que los avances políticos y la información de interés sobre los temas tratados se han actualizado hasta marzo de 2016.

Por su parte, en el capítulo final se realiza una revisión detallada de los puntos críticos de la estructura institucional y organizativa del país, así como de los lineamientos que influyen en la consolidación de una política estatal sobre inversiones, direccionando la construcción de una estrategia nacional hacia el análisis de los puntos críticos de procesos anteriores, con el fin de que se instituya de forma sostenible en el largo plazo, por sobre las posturas propias de los gobiernos transitorios. En este capítulo, ante la coyuntura internacional y local en materia de promoción y regulación de inversiones, se intenta ofrecer algunos planteamientos

críticos que sirvan para la construcción de dicha estrategia en beneficio del afianzamiento de una política estatal.

Capítulo primero

El régimen internacional de inversiones

El propósito de este capítulo es introducir al lector al escenario de las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión, realizando una revisión crítica del contexto, del marco normativo y práctico en el que éstas se realizan, tanto desde el ámbito bilateral como multilateral con el fin de visualizar los criterios, avances y aportes que influyen al posicionamiento de Ecuador frente a los mecanismos actuales de regulación de inversiones y al sistema de solución de controversias entre el Estado y el inversionista.

1. Las negociaciones internacionales sobre acuerdos de inversión

La necesidad de establecer lineamientos que permitan regular la inversión aparece como consecuencia de las relaciones comerciales internacionales que se generaron por el movimiento de los flujos comerciales y financieros entre naciones, hecho que es tan antiguo como la humanidad misma y que se efectuó por “la desigualdad en la distribución de recursos naturales; las diferencias humanas, principalmente en lo relativo a las habilidades; la división del trabajo, y la especialización” (Quintana 1989, 1).

A partir de estas diferencias propias de los Estados, que dieron origen al comercio internacional, se establecen los primeros acuerdos de comercio y de inversión, cuyas raíces históricas están arraigadas a las prácticas en las relaciones Estado-Estado e Inversionista-Estado. En este contexto, el origen de estos acuerdos se remonta al surgimiento de los *Tratados Bilaterales de Comercio*, conocidos también como *Tratados de Amistad*, a finales del siglo XVIII y principios del siglo XIX, por medio de los cuales se regulaba el comercio y el transporte de mercancías principalmente, aunque contenían también algunas disposiciones sobre la adquisición de propiedad y la ejecución de actividades económicas en el territorio de un Estado, por parte de nacionales de otro (Waelde 1996, 323).

Estados Unidos fue el primer país que comenzó a firmar tratados de amistad, comercio y navegación a partir de 1770, en los que se implementaron los principios de no discriminación y seguridad, aunque faltó incluir principios de transparencia y

la mayoría de veces cláusulas para la resolución de controversias, si bien no fue en todos los casos, puesto que en algunos si se estipularon cláusulas arbitrales para solucionar disputas. Este fue el caso del Tratado de Amistad, Comercio y Navegación entre Estados Unidos y Gran Bretaña de 1794, en el que se incluyó cláusulas para resolver controversias relacionadas con la confiscación de propiedades.

Entre 1820 y 1914 el mecanismo de protección de inversiones en Estados receptores fue la fuerza. De hecho, Gran Bretaña “empleó, al menos cuarenta veces, la fuerza militar para proteger a sus inversionistas, tanto individuos como propiedades” (Cob y Rodríguez 2013, 23). De ahí que se instaurara la Doctrina Drago para evitar que se utilizara la fuerza militar para cobrar la deuda pública, pues se concluyó que violaba el Derecho Internacional. Adicionalmente, se incorporó la doctrina propuesta por Carlos Calvo, “la cual busca nacionalizar la relación jurídica con el extranjero” (Prieto 2012, 12) y en términos generales defender el trato nacional que un Estado debe brindar a las compañías extranjeras así como someter la resolución de disputas a cortes locales del país anfitrión, promoviendo de esta manera el principio de igualdad entre nacionales y extranjeros (Pérez 2003, 232).

Ambas doctrinas fueron revisadas en la Conferencia de paz de la Haya de 1907 y confrontadas con la doctrina Porter que proponía que “la intervención militar para exigir el pago de deudas debía ser prohibida a menos que el Estado deudor se negase a someter la disputa al arbitraje o que habiéndola sometido se negase a cumplir con el laudo arbitral” (Vandeveldt 2010, 853). Si bien estos avances sirvieron para limitar el uso de la fuerza en temas de inversión, sirvieron sobre todo para institucionalizar el arbitraje como mecanismo de solución de disputas. De ahí que se considera al Tratado entre Italia y Chad de 1969 como el primer Tratado Bilateral de Inversiones (TBI), puesto que incluyó normas sustantivas de protección de inversiones y mecanismos de arbitraje obligatorio para dirimir las controversias (Cob y Rodríguez 2013, 24).

Con una clara influencia de los postulados defendidos por las doctrinas detalladas anteriormente, la regulación de la inversión extranjera se ha dividido en dos etapas, que comprenden los últimos 60 años. La primera etapa, desde 1945 hasta 1989, que se caracterizó por un acentuado desacuerdo entre la comunidad internacional sobre el nivel de protección que ofrecía el Derecho consuetudinario internacional en la protección de inversiones cuando un Estado receptor tuviera un

trato hostil. La segunda etapa, desde 1989 hasta la actualidad, que se caracterizó por un movimiento global de liberalización económica, el cual sumado a otros factores políticos como la caída de la Unión Soviética, la indisposición de los bancos por realizar préstamos a los PED y la crisis en su deuda soberana (entre otros) provocaron que a finales de los años 80, un gran número de PED se abrieran a las fuerzas de mercado (UNCTAD 2008a, 19-24).

De ahí, que la tendencia actual en la negociación de Acuerdos Internacionales de Inversión (AII) se presenta en el escenario de un nuevo debate sobre el discurso de desarrollo, y se basa en una dicotomía. Por un lado, existe la intención de celebrar más acuerdos de inversión, por una mayor cantidad de países que participan en rondas rápidas de negociación, donde se discute cuestiones referentes a los tratados con mayor profundidad y amplitud que antes; y por otro, un mayor número de países de África, América Latina y Asia que se alejan del sistema actual de acuerdos internacionales, deslegitimándolo (UNCTAD 2014a, 2).

El debate sobre el desarrollo que subyace a las prácticas nacionales e internacionales con respecto a la promoción y regulación de inversiones se encuentra inmerso en una nueva dinámica, la cual incluye nuevos actores, criterios, perspectivas y problemáticas, diferentes a los de hace una década y a los del siglo pasado. De ahí, que dicha dinámica actual tiene que ser abordada desde una visión de análisis diferente y acorde a la evolución de la economía internacional, que ha dado origen a renovados conceptos y nuevos agentes internacionales, entre los que resaltan las organizaciones mundiales, las empresas transnacionales, las organizaciones no gubernamentales y la propia sociedad civil, ya no solamente los Estados (Guerra 2008, 83). Esta nueva dinámica implica necesariamente trascender del marco analítico del Estado-nación y del sistema interestatal con el fin de poder visualizar con precisión los conceptos actuales de inversión, inversión extranjera, inversionista y Estado receptor así como las fuerzas sociales transnacionales que son parte de las negociaciones internacionales de diversos regímenes (W. Robinson 2005, 3), en este caso particular, de inversiones.

El concepto de inversión ha sido provisto de diversas connotaciones, desde el Estado, por ejemplo, percibiéndose como “un medio para proveer el desarrollo” (Guerra 2008, 15), el cual puede provenir de fuentes internas como externas y que parece otorgar resultados positivos, de ahí que se ha planteado la necesidad de crear un clima favorable a la inversión. En el caso de Ecuador, los conceptos de inversión

e inversión extranjera se los ha definido a partir de los términos estipulados en la Decisión 291 de la Comisión del Acuerdo de Cartagena, que ha constituido la base para la construcción de la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones (vigente hasta el año 2010), el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (17), y de acuerdos internacionales que regulan la inversión, como los Tratados de Libre Comercio (TLC), cuando incluyen un capítulo referente a inversiones, y los Acuerdos para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (APPRI).

En los acuerdos internacionales se ha entendido a la inversión extranjera directa como “cualquier transferencia de capital al Ecuador, proveniente del exterior, efectuada por personas naturales o jurídicas extranjeras, destinada a la producción de bienes y servicios” (Gobierno de la República del Ecuador 1997, 3); y se le atribuye el título de inversionista a los sujetos que realicen inversiones en el territorio de la parte Contratante de acuerdo al convenio que se firme, el cual generalmente se refiere a:

Toda persona física que sea nacional de una de las Partes Contratantes, de conformidad con su legislación; y, a toda persona jurídica constituida de conformidad con las leyes y reglamentaciones de una Parte Contratante y que tenga su sede así como sus actividades económicas reales en el territorio de dicha Parte Contratante, independientemente de que su actividad tenga o no fines de lucro (OEA 1993).

Es pertinente diferenciar la inversión extranjera directa con la inversión en cartera. Si bien ambas constituyen flujos internacionales de capital, la primera implica un mayor grado en el control de la empresa o proyecto al que se dirige el capital, mientras que en la segunda el inversionista no busca ningún control. “De acuerdo con los estándares internacionales para que una inversión se catalogue como inversión directa se requiere la propiedad de al menos un 10% del capital social de la empresa extranjera en la que se invierte” (Gutiérrez 2015). De ahí que los empréstitos, entendidos como un crédito o financiamiento otorgado a un gobierno por un Estado extranjero, no serían considerados como un rubro para el cálculo de la IED.

La inversión extranjera directa, en un modelo capitalista global, se refiere a la inyección de capital para el mejoramiento de la capacidad productiva de una economía; sin embargo, más allá de este concepto, la IED deben observarse como un proceso, mediante el cual los capitalistas utilizan los beneficios de cada período para ampliar sus industrias o generar otras nuevas en otras zonas geográficas diferentes,

como una exigencia de la expansión del capitalismo que se debe a los dueños del capital, dentro o fuera de un cierto Estado.

En este sentido, la inversión extranjera directa, en el sistema capitalista global, debe ser vista como la reubicación del capital de inversionistas en forma de inversión productiva en uno o más países, la cual transnacionaliza la producción, mientras que el inversionista debe ser analizado como una clase social transnacional, que no tiene una residencia geográfica, la cual es dueña del capital y utiliza las estructuras transnacionales (Estados, empresas transnacionales, organismos internacionales) para trasladar dicho capital con el fin de generar utilidad en territorios que les ofrezca condiciones más favorables, intentando sobrepasar las legislaciones internas de los Estados receptores de la inversión (W. Robinson 2007, 39).

Desde este enfoque transnacionalista, se plantea analizar la tendencia actual sobre la negociación de acuerdos de inversión, que da forma al escenario internacional, del cual Ecuador es parte, y que está alcanzando un punto de inflexión –debido a la ralentización en el número de suscripciones anuales de nuevos acuerdos por parte de los países en desarrollo (PED)– (39), lo que necesariamente llama a cuestionarse sobre la razón de dicha ralentización, que podría encontrar una respuesta consistente en los debates históricos y recientes sobre desarrollo, y en las posiciones e intereses de los países desarrollados (PD) y de los países en desarrollo (PED) que han adoptado en torno a la regulación de la inversión extranjera.

Los primeros, optando por una estrategia bilateral, a través de la que han adquirido un gran poder de negociación, e incrementado los niveles de exigencia respecto a las cláusulas de protección de inversiones consagradas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y los otros, levantando una resistencia en contra del “establishment” y denunciando estos instrumentos que a su criterio favorecen a los inversores de los países desarrollados (PD) que operan en sus territorios; lo que ha dado como resultado que “en 2013 se registrara el segundo mayor número de arbitrajes sobre inversión conocidos iniciados en un solo año (56), lo cual elevó el número total de casos conocidos a 586” (UNCTAD 2014a, 3). (Ver anexo 1)

1.1. Los Países Desarrollados y en Desarrollo: su relación de dependencia.

El pensamiento sobre el desarrollo se construyó a partir de un triple entendimiento entre el proceso, la práctica y la teoría, desde el siglo XVIII, momento en el cual se asoció al progreso con el establecimiento de la civilización, en un relato de la modernidad que llegó a su culminación con el positivismo del siglo XIX, cuando se relacionó al desarrollo con el progreso del espíritu humano, y después con la globalización, en la década de 1970.

A finales de esos años, se analizaba las relaciones entre países como si fueran relaciones entre clases sociales, los dominantes (metrópolis) y los explotados (países satélites), y se presuponía homogeneidades como si no hubiera diferencias de clase en unos y otros, lo que implicaba una engañosa mistificación (Gunder Frank 2005, 16-17). De acuerdo a dicha teoría, denominada como de la dependencia, los países capitalistas explotaban a los países subdesarrollados, a través de una cadena de extracción de sus excedentes de recursos basada en el comercio, donde las clases dominantes de los países satélites cumplían una función de intermediación en la cadena de apropiación hasta llegar a las clases dominantes de los países desarrollados.

A inicios del siglo XX, los flujos de comercio y de inversión sufrieron su primera alteración, mediante la caída de la economía clásica mundial del capitalismo liderado por Gran Bretaña y el surgimiento de Estados Unidos como el nuevo acreedor mundial de más de US\$ 3.300 millones para finales de 1918, como resultado de su intervención en la Primera Guerra Mundial como proveedor de armas a Inglaterra y Francia y de la implementación de medidas de expansión económica y financiera encabezada por Woodrow Wilson, lo que provocó un cambio en la estructura del comercio y de las inversiones entre los PD y los PED, estos últimos recibiendo grandes flujos de inversión (principalmente América Latina, región que absorbió más del 20% de las emisiones del capital nuevo de Estados Unidos y más del 44% de las nuevas inversiones directas del exterior, entre 1925 y 1929, período en el que “el valor medio anual del capital a largo plazo de origen norteamericano recibido por América Latina –después de deducir los pagos por amortización y rescate pero con inclusión de las ganancias reinvertidas– fue de US\$ 200 millones” (Naciones Unidas 1955, 8)) y poniendo fin a la época de oro del crecimiento exportador latinoamericano que estuvo coadyuvada por una crisis financiera, una

afectación al crecimiento industrial y un desequilibrio comercial, hechos que dieron origen a una dependencia hacia los PD (Halperín y otros 2002, 99-120).

De ahí en adelante, el Estado y el proteccionismo tuvieron un mayor protagonismo y un rol más importante, particularmente en el sudeste asiático y en América Latina, con connotaciones y problemáticas diferentes. Es así como después de la Segunda Guerra Mundial, los PED implementaron políticas de industrialización, poniendo particular énfasis en los sectores estratégicos relacionados al acero, al petróleo y la energía, con la finalidad de dar una respuesta positiva al aumento de la demanda internacional de productos básicos y a la poca capacidad que tenía la región para suplirla, sobre todo a finales de los años 50. Entre 1960 y 1973 se constituyó una dinámica económica nunca antes vista en la historia de las economías de mercado desarrolladas y de los países menos desarrollados, la producción manufacturera creció a una tasa anual de 6,8% y su participación en el PIB mundial pasó del 21 al 26%. (243-287). Esta nueva dinámica incorporó los primeros intentos de integración, que estuvo marcada por la intervención del Estado, la eliminación de barreras comerciales intrarregionales, y ciertos eventos aperturistas que sirvieron de antesala para la adopción de un enfoque basado en acuerdos comerciales bilaterales y a que se relegara los esfuerzos multilaterales por conseguir una regulación mancomunada de la inversión.

La noción de explotación de unos países sobre otros, en los años 80 cambió, y se desarrolló sin las mediaciones de las clases sociales; “el centro es quien lleva la iniciativa comercial. Él es quien impone a la periferia las modalidades de la especialización” (Amin 1978, 249). Los estudios sobre la teoría de la dependencia avanzaron durante esta década y tuvieron una connotación diferente a través de un análisis sistémico más sofisticado que se centró en la teoría del sistema-mundo, la cual parte de la existencia de una economía mundial capitalista con Estados del centro que compiten entre sí y regiones periféricas y semiperiféricas de las que el centro obtiene sus excedentes.

Simultáneamente, aparecieron las teorías neoestructuralistas, neoestatistas y de nueva economía estructural, las cuales surgieron como respuesta a las políticas neoliberales que ganaban terreno en ciertas partes del planeta, a través de los programas de ajuste estructural, que se extendieron por medio de la política del miedo y de la creencia de que las políticas de intervención estatal generaban

industrias no competitivas, subsidios, protección gubernamental en vez de eficiencia, lo que propició la corrupción y los conflictos (Bhagwati 1958, 201-205).

Entre los años 70 y 80 del siglo XX, se dio impulso a la integración regional, basándose en una idea de “defensa colectiva” de los países de la integración frente a la competencia extranjera y como un estímulo para la participación de las exportaciones latinoamericanas en los mercados mundiales.

Bajo el pretexto de reducir el déficit público y de liberar divisas para el pago de la deuda externa, durante los siguientes años comenzaron a aplicarse en la región los fundamentos neoliberales, dando inicio a la hegemonía del neoliberalismo que tuvo como principales objetivos: 1) la desregulación económica, 2) la privatización, 3) la reducción del nivel salarial, 4) la apertura y liberalización de flujos de bienes y capitales extranjeros y la prioridad de los intereses del capital financiero, este último objetivo constituyéndose en el argumento primordial de los países desarrollados para defender sus intereses y en la base de las controversias que se generarían en torno a inversiones extranjeras en países en desarrollo (Halperín y otros, 323-33). Los mencionados ajustes estructurales, implementados con mayor aceptación en América Latina, causaron una reducción del papel del Estado, un aumento de la participación del sector privado, una reducción del proteccionismo del sector industrial, la desmantelación de empresas públicas, y con ello, entre 1982 y 2005 que la pobreza nunca bajara del 60% (Dominguez 2015, 33) y que coincidentemente el volumen de salidas de Inversión Extranjera Directa de Estados Unidos en las industrias extractivas dirigidas hacia los países en desarrollo aumentara de US \$19 mil millones en 1982 a US \$50 mil millones en 2005, alcanzado un 43% del total de la IED total de Estados Unidos en estas industrias (UNCTAD 2006, 7).

Por su parte las teorías, contrarias al neoliberalismo, que coincidían en que el desarrollo implicaba necesariamente un cambio estructural, tuvieron su base empírica y el mejor ejemplo de éxito en los países del sudeste asiático, catalogados como *milagros* por el sorprendente crecimiento económico que experimentaron desde la segunda mitad del siglo XX. En algunas subregiones esto implicó superar la tasa de crecimiento económico de los países industrializados occidentales, como entre 1950 y 1973 cuando Japón tuvo un crecimiento del PIB per cápita del 8,05% mientras que Europa occidental del 4,08%, y en términos del PIB, Asia (con la excepción de Japón) tuvo un crecimiento en ese mismo período del 5,18% y Europa occidental del 4,81% (Madisson 2001, 127); es oportuno resaltar como un rasgo

transversal que todos esos países, especialmente los de primera generación (Japón, Corea del Sur, Singapur, Taiwan y Hong Kong), tuvieron la presencia de un Estado duro; es decir, de un Estado institucionalmente centralizado que se enfocaba en la planificación macroeconómica y que fue la clave para lograr el desarrollo económico, que desde el discurso ortodoxo principalmente defendido por Myrdal y Kuznets se entendía entre 1950 y 1970 (la nueva era del desarrollismo) como un proceso de crecimiento económico sostenido y reforzado por cambios estructurales, el cual era medido por el PIB per cápita.

Los países del sudeste asiático que aplicaron las recetas opuestas al Consenso de Washington, a diferencia de los países de América Latina, experimentaron crecimiento económico y reducción de la pobreza y de la desigualdad.

El proceso de cambio estructural a largo plazo que se planteaba en aquella época como idea de desarrollo desde occidente, al que se le añadió los significados de actividades (estrategias y políticas que se deben aplicar en las regiones subdesarrolladas) y mecanismos para financiarlos asistieron al apareamiento de un Estado para el desarrollo en el este asiático, el cual se impuso con características propias y distintivas que difícilmente podrían replicarse como un esquema infalible por las condicionantes en las que se presentaron, ya que se aleja de la idea de un modelo de desarrollo económico funcional independiente de su contexto y más bien es anacrónico en su aplicación en otra zona temporal y geográfica.

Sin embargo, estas ideas se mantienen y tienen una gran influencia en los debates actuales sobre el desarrollo, en torno a la problemática de una mayor o menor intervención del Estado en la regulación de inversiones y el grado en que un país debe ceder soberanía y adaptar sus estructuras internas para formar parte de un sistema internacional capitalista, donde la globalización representa una modernidad universal e inescapable. Estas ideas influyen directamente en las posiciones de los Estados del centro (PD), los de la semiperiferia (BRICS) y los de la periferia (en su mayoría PED), así como en los demás actores modernos, quienes se encuentran influenciados por esta estructura y por una agenda global de integración comercial que ha estado a merced del capital transnacional y que ha determinado los avances y los estancamientos históricos en la consolidación de una política común que permita regular la inversión extranjera a nivel multilateral.

1.2. Una revisión de los avances multilaterales y bilaterales sobre la regulación de la inversión.

A lo largo de la historia, han existido varios intentos importantes por regular la inversión extranjera desde el multilateralismo sin resultados vinculantes. En 1948, se hace un primer ensayo en la Organización Internacional del Comercio, cuyo principal avance fue la separación del comercio y de la inversión, formalizado en la Carta de la Habana. Al no ser ratificada, los Estados industrializados (bajo el liderazgo de los Estados Unidos de América) optaron por ser signatarios del Acuerdo General sobre Comercio y Aranceles (GATT, por sus siglas en inglés), el cual buscaba liberalizar el comercio excluyendo el tema del pleno empleo. De ahí que, no fue hasta la Convención de la Organización para la Cooperación y Desarrollo Económico (OECD) sobre Protección a la Propiedad Extranjera en 1967, que se crearía un modelo de regulación a la Inversión Extranjera Directa (IED) denominada “Abs-Schawcross”, el cual reunió los principios y estándares que formaron la base de los tratados bilaterales de protección de inversiones (Prieto 2012, 17-19).

Si bien existieron varias iniciativas aisladas por regular la inversión extranjera de forma multilateral en las últimas décadas del siglo pasado, éstas no fueron efectivas. Se dirigió una mayor atención a las negociaciones que se llevaban a cabo en el marco del GATT (Organización Mundial del Comercio –OMC– desde 1995), cuyos esfuerzos sirvieron para introducir los criterios de la Nación Más Favorecida y el Trato Nacional así como los principios mínimos de protección en las jurisdicciones locales; sin embargo, no constituyeron más que normas aisladas.

Con el fin de establecer un marco integral, dentro de la OECD se intentó instituir un Acuerdo Multilateral de Inversiones (AMI) cuyas negociaciones no tuvieron mayores logros. De hecho, duraron 3 años (desde 1995 hasta 1998) puesto que los Países Desarrollados (PD) ya no tenían la intención de comprometerse con estándares extensivos con todos los Países en Desarrollo (PED), cuando obtenían mayores beneficios de las negociaciones bilaterales que realizaban con ellos, generalizando un sistema que se ha mantenido hasta el día de hoy (20).

Frente a estas iniciativas bilaterales, las cuales se extendieron globalmente, existieron apartados esfuerzos regionales por intentar regular las inversiones, los cuales no fueron efectivos. En África, se intentó establecer un área de libre comercio continental, a partir de la reunión de líderes de la Unión Africana en enero de 2012,

la cual tuvo como contexto la consolidación de una integración regional, que se fortaleció desde la firma del Tratado de Abuja de 1991. Si bien existieron planes de Centros de Extensión Regional (CER) para establecer uniones monetarias, así como negociaciones entre el COMESA-CAO-SADC, para lograr acuerdos integradores entre los 26 países africanos, no se llegó a involucrar a la mayoría. En todo caso, los flujos de IED intrarregional han aportado a los esfuerzos por alcanzar una integración regional más profunda, la cual se encuentra aún en construcción (UNCTAD 2014b, 76).

En el auge del neoliberalismo, en la década de los 90, los 29 países de la OCDE con sede en París, “que eran los territorios de origen del 95% de las 500 empresas transnacionales más grandes a nivel mundial” (Lander 1998, 26), negociaron un Acuerdo Multilateral sobre Inversiones (AMI), por medio del que se intentaba establecer un marco de protección para las inversiones en el exterior con altos estándares de liberalización de los mercados de inversión y con un sistema efectivo de resolución de conflictos.

El proyecto fue objeto de innumerables críticas por parte de los Estados del sur, que denunciaron una excesiva influencia corporativa de las empresas multinacionales en la creación del texto, muy poca información pública y casi ningún debate sobre los lineamientos que tendían a crear derechos y reducir las obligaciones de las empresas transnacionales que operan en territorios diferentes a los de su procedencia, puesto que el acuerdo se fundamentaba en tres principios: la no discriminación, ninguna restricción de entrada y ninguna condición, términos que buscaban ser aplicados a los gobiernos nacionales, que de firmar el acuerdo, no podrían imponer requisitos de ejecución que les permita asegurar el empleo local, controlar la especulación en divisas o controlar un período mínimo de inversiones (OMC 1998, 8-16). Las fuertes presiones que se realizaron en cuanto a la inclusión de temas ambientales, laborales y culturales en los debates provocaron no solamente dilataciones en las negociaciones sino también en parte su fracaso.

El fallo en la negociación del AMI, dejó entrever de una forma más visible las diferencias entre los intereses de los PD y de los PED, en cuanto a la regulación de inversiones, así como las nuevas condiciones en las que se negociaba ya que paralelamente, los Estados del sur comenzaban a surgir a través del incremento del comercio de mercancías sur-sur, el cual “se ha triplicado holgadamente en poco más de un decenio, pasando de US\$ 577.000 millones en 1995 a más de US\$ 2 billones

de dólares en 2006” (UNCTAD 2008b, 2), lo que les otorgaba a los PED un mayor poder de negociación y protagonismo internacional frente a los PD.

Por otra parte, el fallo en la negociación del AMI permitió también que se consolide la estrategia de los PD, de optar por una estrategia bilateral de negociación como salida al estancamiento multilateral en el marco de la OMC, la que estuvo respaldada por varios acontecimientos coyunturales importantes a destacar: 1) el Tratado sobre la Carta de la Energía, 2) la negociación del TLCAN 3) la propuesta del ALCA y 4) el estancamiento de la Ronda de Doha (iniciada en 2001). Todas ellas, un conjunto de iniciativas que no tuvieron mayor receptividad como instrumentos plurilaterales de regulación de inversiones, sino que más bien fomentaron los cuestionamientos, por parte de los fortalecidos PED, sobre una imperante reforma al régimen actual de acuerdos internacionales de inversión, el cual se ha extendido por el aumento de acuerdos de libre comercio o tratados de cooperación económica que incluyen disposiciones relativas a inversiones, formando una alternativa a la firma de los clásicos TBI. A finales del 2007, el universo de AII estaba formado por más de 5.500 acuerdos, entre ellos más de 2.600 TBI, más de 2.700 Tratados para evitar la doble tributación (TDT) y aproximadamente 254 Tratados de Cooperación Económica¹ (UNCTAD 2008a, p. 6). (Ver anexo 2).

1.2.1. El Tratado sobre la Carta de la Energía

En 1994, 50 países incluidos todos los de Europa, Australia, Japón, Mongolia y la antigua Unión Soviética firmaron un tratado que incorporaba medidas de protección a las inversiones, exclusivamente para el sector energético (Conferencia de la Carta de la Energía 1994, 1-15).

1.2.2. Negociación del Tratado de Libre Comercio de América del Norte

El inicio de los años 90 fue el escenario para las negociaciones del TLCAN que se selló con la firma de tres países (México, Estados Unidos y Canadá) en 1992. No se trató de un simple acuerdo de liberalización comercial, sino más bien de un acuerdo de integración económica, el cual no llegó a ser un modelo de iguales ni tampoco un ejemplo de integración multilateral por las características propias de las partes (Wilkinson 1996, 31-35).

¹ Denominados también como Acuerdos de inversión y comercio preferencial "AICP".

El acuerdo incluyó cláusulas que permitieron a las empresas denunciar el accionar de los Estados para anular las legislaciones sobre temas medioambientales y sociales, que constituían obstáculos a la liberalización del comercio. En el Capítulo XI del acuerdo, referente a la inversión, se expusieron los lineamientos para la resolución de disputas asociadas al tema y se designó al CIADI específicamente como el Tribunal de arbitraje dirimente. Desde la entrada en vigencia de este acuerdo en 1994, se derogaron varias leyes de protección al medioambiente en dichos Estados en favor del capital. De alguna manera este acuerdo recogió lineamientos que se intentaban incluir en el Acuerdo Multilateral de Inversiones, que se negociaba paralelamente.

1.2.3. Propuesta del Área de Libre Comercio de las Américas

La iniciativa del TLCAN, que se implementó en América del Norte, intentó hacerse extensiva a todos los países del continente americano, con excepción de Cuba, tras la Cumbre de las Américas de Quebec en 2001, a través del ALCA. Se intentó que el documento del acuerdo entrara en vigencia en 2005; sin embargo, a finales de ese mismo año, se reconoció públicamente en la Cumbre de Mar del Plata las dificultades que se encontraron en el proceso de negociación y las grandes asimetrías en las economías de los países de América Latina, el Caribe y América del Norte. Así es como terminó siendo una iniciativa más por lograr la integración regional sin proporcionar resultados positivos en términos integracionistas, comerciales o regulatorios (Trejo 2006, 2-15) .

1.2.4. Estancamiento de la Ronda de Doha

La Quinta Reunión Ministerial de la OMC realizada en Cancún, entre el 10 y el 14 de septiembre de 2003, significó el colapso de las negociaciones comerciales entre los PD y los PED, en el marco de la Ronda de Doha, que había iniciado en noviembre de 2001, puesto que se logró reivindicar la posición de los PED en una reunión que intentaba beneficiar a los intereses de los PD; en lugar de lograr un acuerdo multilateral, los PED lograron que no se impusiera nuevas medidas que favorecieran a Europa y Estados Unidos. Se le denominó un fracaso aunque para los PED significó una desestabilización de los PD (Bello 2003, 2-6).

Por el contrario, la VI Reunión Ministerial realizada en Hong Kong en 2005 dio un nuevo impulso a las negociaciones multilaterales de comercio encausando la Ronda de Doha y otorgándole credibilidad. No obstante, en el marco de la ascensión de China, como el nuevo acreedor de Bonos del Tesoro de Estados Unidos y como importador masivo de materias primas en 2014, aparece la disyuntiva entre reaperturar la Ronda de Doha sobre recuperación económica y cooperación en el plano económico y financiero, a partir del miedo a la volatilidad de los mercados, o cerrarla para dar paso a la apertura de una nueva ronda de recuperación económica, aceptando la dificultad de reabrir la anterior por la crisis europea y la dificultad en encontrar posturas comunes en América Latina y el G20 (Allard 2013, 131).

Frente a dicha realidad, desde al año 2013, la Unión Europea y los Estados Unidos de América comenzaron a organizar rondas de negociaciones para establecer la Asociación Transatlántica para el Comercio y la Inversión, que es uno de los “Mega-Acuerdos” (el otro es el Acuerdo Trans-Pacífico), que busca a *grosso* modo la liberalización económica y financiera de los mercados, como alternativa al estancamiento de la Ronda de Doha.

La Unión Europea y los Estados Unidos de América han formalizado las relaciones de cooperación desde 1990 por medio de la Declaración Transatlántica, que después fue revisada y denominada como la Nueva Declaración Transatlántica. Este documento ha sido la base de sus relaciones bilaterales, ya que ha dado lugar a claros acuerdos sectoriales, entre los que destaca el Acuerdo de reconocimiento mutuo de 1999, que facilitaba a los exportadores de ambas partes conocer los requerimientos para sus comercializar sus productos en ambos mercados, y el Acuerdo del vino español del 2005, que facilitaba el intercambio comercial de vinos. Por sobre ellos, destaca la Asociación Económica Transatlántica, que tiene como objetivo fomentar las negociaciones bilaterales para la consecución de un acuerdo entre los bloques que permita alcanzar un mercado transatlántico, idea que se consolidó en el "Acuerdo Transatlántico", cuyo propósito es eliminar las barreras reglamentarias o para-arancelarias que limitan los beneficios potenciales de las corporaciones transnacionales en ambos mercados (Hilary 2014, 10).

En vista de que no ha sido posible conformar un sistema o un instrumento multilateral completamente aceptado por los Estados para la regulación de inversiones y menos aún para la resolución de controversias en materia de inversiones, se ha acordado el compromiso de reformar el Régimen de Acuerdos

Internacionales de Inversión (RAII) en un escenario donde los BRICS² (Brasil, Rusia, India, China, y Sudáfrica) juegan un papel importante como guía hacia el resto de PED, en la configuración de nuevas estrategias de empoderamiento y en el moldeamiento de las nuevas bases en el tratamiento a la movilidad de capitales financieros internacionales, a partir del nacimiento de este sur dinámico, “integrado por China (como centro de producción manufacturera), Brasil (como centro de producción agrícola), e India (como centro de suministro de servicios), además de la primera y la segunda oleada de nuevos países industrializados (NPI) y de varios países de África, Asia y América Latina” (10).

1.3. El discurso de Brasil, Rusia, India, China, y Sudáfrica y de los países del G77+China sobre la regulación de inversiones.

A partir de la crisis económica mundial del 2009, las economías emergentes del sur han ganado un mayor protagonismo como receptoras de los flujos mundiales de Inversión Extranjera Directa. En el 2010, la IED que se dirigía hacia los países en transición y desarrollo representó la mitad de los flujos globales aunque estos flujos hayan tenido como principal origen aquellos países nombrados como desarrollados. En comparación con el año anterior, en este mismo año “la IED en América Latina y el Caribe aumentó un 40%” (CEPAL 2011, 61).

De acuerdo con el estudio de la CEPAL, la evolución de la Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe se debe al comportamiento de las transnacionales. Si bien el primer inversionista sigue siendo Estados Unidos, seguido por los Países Bajos y China, América Latina aparece en el cuarto lugar debido particularmente al proceso de internacionalización de las empresas de Brasil, México, Chile y Colombia.

Es pertinente notar también que en 2010, China e India han contribuido a los flujos globales de IED que se dirigen a las economías de Asia, África y América Latina, los que por cierto se han concentrado en los sectores de hidrocarburos y minería; es decir, en el intercambio de materias primas que se basan en la extracción de recursos naturales (62).

Ahora bien, más allá del supuesto de que la IED se ha constituido en un indicador positivo en términos comerciales para el desarrollo de los países

² Término acuñado en noviembre de 2001 por el jefe de Investigación Económica Global de Goldman Sachs Jim O’Neill (O’Neill, 2001).

emergentes y de los PED en el último quinquenio, premisa cuestionable por el carácter “golondrina” que los capitales de la IED han demostrado tener, es pertinente revisar los criterios que se han formado al interior de los BRICS y de los PED, representados por el G77+China en el escenario internacional, frente a la regulación de la IED.

Si bien los flujos de IED han generado crecimiento en términos tecnológicos, económicos y de competitividad, esta inversión especulativa no se ha comprometido con la generación de cadenas de valor, más bien se ha caracterizado por su volatilidad promoviendo que las transnacionales aprovechen las coyunturas económicas, las cuales han contribuido a que incrementen rápidamente las ganancias y que en el caso de incrementarse el riesgo en la zona donde se radican, las empresas estén dispuestas a huir con los menores costos posibles.

Si bien los países del grupo de los BRICS tienen ciertas disparidades, principalmente en sus estructuras políticas, ya que por un lado China y Rusia tienen regímenes de gobierno donde el autoritarismo supera a la democracia, y por otro India, Brasil y Sudáfrica tienen sistemas democráticos, han encontrado un rasgo común integrador que les ha permitido agruparse, el cual hace referencia a “la escala o tamaño que les otorga una cierta combinación de factores geográficos y demográficos que se traducen en un potencial económico por encima del promedio” (Turzi 2011, 94).

Estos países, que se van consolidando como el comité ejecutivo de las naciones emergentes, fundamentan su discurso en un objetivo estratégico individual pero colectivo a la vez, el cual se direcciona a profundizar el multipolarismo en el sistema internacional, lo que no significa cambiar el sistema actual sino redistribuir el poder de una forma más apropiada para lograr los objetivos nacionales de cada uno. De ahí que su rol no sirve a intereses antisistémicos sino más bien a intereses reformativos de ciertos aspectos del sistema internacional (95-110).

Esta afirmación ha tomado forma en las prácticas que los BRICS han adoptado en el marco de las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión sobre temas actuales referentes a la regulación y al sistema de solución de controversias en materia de inversiones, instando a buscar soluciones ante la problemática que trascienda a un análisis ortodoxo neoliberal. Al respecto, han intentado mostrar como ejemplo sus experiencias, iniciativas y perspectivas tomadas frente a los AII, las cuales han sido diversas.

Brasil, no es parte actualmente de ningún TBI; sin embargo, recibe importantes cantidades de inversión extranjera. El país firmó 14 TBI en la década de 1990, pero el Congreso de ese país se negó a ratificarlos a causa de los riesgos potenciales asociados con el sistema de solución de controversias tradicional. A pesar de estas acciones, Brasil ha implementado en su normativa interna algunos elementos clave de los TBI (como la igualdad en el trato a los inversionistas extranjeros).

Sudáfrica, por su parte, ha dado por terminados sus tratados de inversión y ha sustituido su régimen de TBI por una nueva legislación interna, que no contempla recurrir al arbitraje internacional sino utilizar los mecanismos locales de solución de controversias, de presentarse alguna.

Mientras tanto China, influenciado por sus socios, intenta sobrellevar un enfoque más flexible frente a los AII, firmando algunos acuerdos de inversión, sin incluir cláusulas de arbitraje internacional, por ejemplo en el TBI, convenido con Taiwan en 2012.

El caso de Rusia es particular, ya que sus modelos de TBI no contienen disposiciones expansivas que usualmente se encuentran en la mayoría de los acuerdos internacionales de inversión. El enfoque de Rusia permite el trato discriminatorio de los inversionistas extranjeros, excluyéndolos de ciertos sectores de la economía y reservándose el derecho de incluir excepciones en el trato nacional.

Finalmente, India recientemente ha adoptado una posición más cuidadosa, después de que inversionistas extranjeros impusieran demandas sobre varias medidas tomadas por el gobierno local y llevaran las controversias a arbitraje. A partir del 2012, India ha iniciado una revisión a sus tratados de inversión y ha elaborado un nuevo modelo de TBI (Singh 2014, 1-2).

La tónica de una heterogeneidad en las posiciones estatales no es ajena a los PED, quienes han formado diversos criterios al interior del G-77 + China frente al régimen internacional de inversiones priorizando sus intereses nacionales. Sin embargo, en términos generales, han consolidado una posición conjunta fundamentada en “la creación de un 'nuevo orden mundial' más equilibrado y la búsqueda de mayor cooperación sur-sur” (Los Tiempos 2014), discurso que ha tenido el asentimiento de los países del grupo que asciende a 134 en 2015 y que ha superado los 50 años de vida (G77 2015).

La Cumbre de Santa Cruz de 2014, realizada en Bolivia, dejó el compromiso de la lucha conjunta contra la pobreza y la desigualdad, el desarrollo con protección del medio ambiente, la soberanía de los recursos naturales, la defensa de un comercio justo y la transferencia de tecnología, fortalecer la integración comercial sur-sur y que más PED participen en el Sistema Global, entre otros (Los Tiempos 2014).

En la Declaración resultante, los países signatarios han estipulado la necesidad de que los acuerdos comerciales y de inversión permitan a los PED tener un margen normativo más amplio para la implementación de instrumentos y medidas políticas, en aras de alcanzar desarrollo económico y social. De ahí que han solicitado fortalecer el trato especial y diferenciado así como las disposiciones de la OMC que no conlleven a una reciprocidad plena.

Además, con este mismo objetivo, han solicitado un trato especial y diferenciado para los acuerdos bilaterales de comercio e inversión entre los PD y PED. De forma concluyente, solicitan que se concluya con la Ronda de Doha de negociaciones multilaterales atendiendo las necesidades y prioridades de los PED, a través de un proceso inclusivo y transparente, ante la preocupación de que los PD tengan acceso a los mercados de los PED, pero no les ofrezcan acceso a sus mercados o se comprometan a establecer políticas recíprocas (G77 2014, 30-31).

Tanto los PD como los BRICS y los PED han expuesto posiciones diversas que sirven principalmente a sus intereses propios. Si bien existen puntos de vista contrapuestos, a nivel general, se ha logrado encontrar coincidencias en las posiciones, las cuales se enfocan en el mejoramiento del sistema de regulación de los flujos de IED.

2. Espacios internacionales de discusión sobre regulación de inversiones.

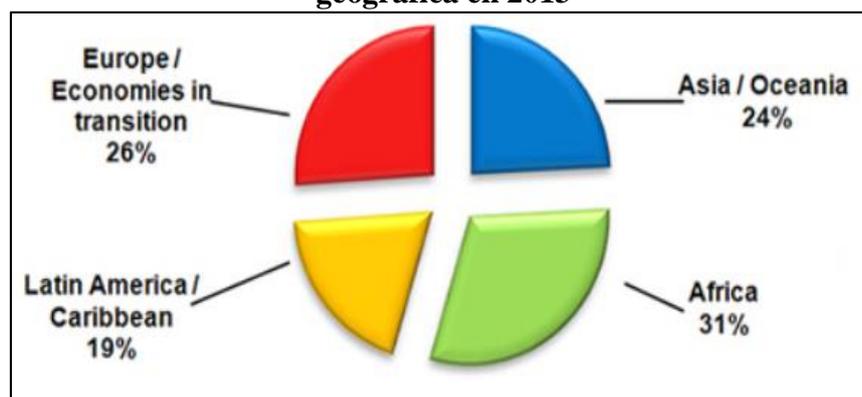
La Secretaría de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD) se ha convertido en la entidad internacional no gubernamental encargada de actuar como centro de coordinación de las Naciones Unidas para el tratamiento integrado de comercio y desarrollo así como de cuestiones anexas. Se ha convertido en el líder de la promoción y aplicación de un programa de acuerdos internacionales de inversión (AII), que tiene como objetivo “ayudar a los países en desarrollo a participar lo más eficazmente posible en la elaboración de normas relativas a la inversión internacional” (UNCTAD 2008a, p. 6).

Dicho programa constituye el mayor esfuerzo actual por alcanzar un consenso intergubernamental en materia de inversiones, a través de actividades basadas en tres pilares: 1) en la investigación y análisis de políticas sobre inversiones (que incluyen la creación de una colección avanzada de estudios y publicaciones temáticas), 2) en la asistencia técnica para el fomento de la capacidad institucional (que involucra la realización de cursos de formación para fortalecer la capacidad de los participantes en el manejo de temas relacionados al régimen de AII), y 3) en la construcción de un consenso intergubernamental por medio de la creación de instancias incluyentes para promover el diálogo y la retroalimentación en temas actuales sobre regulación de inversiones (tales como: seminarios nacionales, simposios regionales y foros internacionales) (UNCTAD 2013).

Con respecto a la investigación y análisis de las políticas sobre inversión, el número de documentos oficiales, que han sido publicados por la UNCTAD, y disponibles en su sitio web, supera los 96. Entre ellos, resalta el Informe anual sobre Inversiones en el Mundo.

Por otro lado, se ha registrado que 185 países se han beneficiado de la asistencia técnica de la UNCTAD, solamente en 2013, siendo América Latina y el Caribe la que menos se ha beneficiado de ella. Entre los registros de la institución se presenta información sobre nueve eventos internacionales organizados por el organismo, tales como conversatorios, talleres y cursos de formación, entre los que destaca el “Curso de entrenamiento sobre la nueva generación de políticas de inversión: manejo de controversias relativas a inversión en América Latina” que se llevó a cabo en Quito entre el 3 y el 9 de diciembre de 2012.

Gráfico 1.
Asistencia Técnica en Acuerdos Internacionales de Inversión, por zona geográfica en 2013



Fuente: sitio web oficial UNCTAD, Acuerdos internacionales de inversión, Asistencia Técnica
Elaboración: UNCTAD

Con respecto a los espacios creados para motivar el consenso intergubernamental en diversos temas, incluyendo la sección de Acuerdos internacionales de Inversión, la UNCTAD ha creado una estructura de Conferencias que se realizan cada cierto tiempo. La Conferencia General de la UNCTAD se lleva a cabo cada cuatro años, se las desarrolla en conjunto con el Foro Mundial de Inversiones, el cual se lleva a cabo de forma bienal y se ha instaurado desde el año 2008, realizándose cuatro hasta la fecha (Accra–Ghana 2008, Xiamen– China 2010, Doha– Catar 2012, Ginebra–Suiza 2014).

Además, se desarrollan Conferencias anuales sobre AII, las cuales reúnen a representantes gubernamentales, expertos en el tema, delegados de empresas multinacionales, a la sociedad civil y a diversos beneficiarios de AII con el fin de: intercambiar experiencias y las mejores prácticas, discutir opciones para un desarrollo amistoso sustentable de las cláusulas en los AII, y trazar el camino que permita mejorar la gobernanza global en inversiones.

2.1. Accra – Ghana 2008

Con ocasión de la 12ª Conferencia Ministerial de la UNCTAD, se desarrolló el primer Foro Mundial de Inversiones del 20 al 25 de abril de 2008 en Ghana, en la que se realizó sesiones interactivas sobre las perspectivas y oportunidades de la IED a nivel global, así como un Consejo consultivo, en donde se abordaron los retos de la IED y el cambio climático, y también mesas redondas y debates; en especial, sobre la nueva dinámica de la inversión para el desarrollo. En términos generales, la reunión dejó como resultado principal la *Declaración de Accra*, en la que se estableció que:

- Los PED se han convertido en un motor importante de la economía internacional, reconociendo su importante rol en un nuevo período de globalización.
- La IED es beneficiosa. Para aprovechar las oportunidades que ofrece a los países, deben establecer políticas activas y bien secuenciadas que permitan potenciar las ventajas de la inversión en términos de desarrollo.
- En la globalización se requiere una participación activa de todos los Estados; en consecuencia, se promueve la participación efectiva del sector público, privado y la sociedad civil.
- Los participantes se comprometen a defender el comercio multilateral que promueva el desarrollo, así como redoblar los esfuerzos para concluir con las

negociaciones de la ronda de Doha, y respetar lo alcanzado en la Conferencia Ministerial de Hong Kong sobre el libre acceso a mercados y proporcionar contingentes a los PED (UNCTAD 2008c, 2-7) .

- Se comprometen a respaldar la aplicación de las normas adoptadas en la XII Conferencia de la UNCTAD, en el *Acuerdo de Accra*, que toma como base el Conceso de São Paulo y que tiene el fin de fortalecer su desempeño institucional en las nuevas problemáticas mundiales en torno a la formulación de políticas globales para el desarrollo económico sostenible y reducción de la pobreza, las nuevas realidades geográficas de la economía internacional, promover un entorno más propicio para fortalecer la capacidad productiva, el comercio y la inversión (UNCTAD 2008d, 9-84).

2.2. Xiamen – China 2010

Xiamen recibió a aproximadamente 1.800 visitantes de más de 120 países, entre ellos 9 jefes de Estado, 50 Ministros de Relaciones Exteriores, 54 expertos y académicos, 169 Directores de agencias de promoción de inversión, y más de 100 delegados de empresas multinacionales, entre otros presentes. El tema central de las reuniones y eventos realizados fue *Invertir en Desarrollo Sustentable*.

En la reunión de líderes mundiales sobre inversión se plantearon los objetivos de: 1) Destacar los principales retos para el régimen de políticas sobre inversión extranjera, 2) identificar las formas de maximizar los beneficios de la inversión, y 3) resaltar las mejores prácticas en los PED (UNCTAD 2010a, 6-9).

Lo importante de este encuentro fue la predisposición de los altos representantes de varias compañías transnacionales y de seis líderes de Estado, en aras de la cooperación entre el sector público y privado, quienes en conjunto plantearon alternativas para emplear los flujos de IED para recuperarse de la crisis financiera de 2008. Los principales retos a enfrentar fueron:

- Una falta de recursos financieros y de capacidades institucionales en varios PED.
- La necesidad de integrar políticas de inversión amigables con el medio ambiente dentro del régimen internacional de mitigación al cambio climático.
- Una falta de información sobre operaciones sostenibles por parte de la comunidad empresarial.

- Una dificultad en alcanzar el balance adecuado entre políticas de inversión que reduzcan las barreras de ingreso y que provean de flexibilidad para lograr los objetivos internos de desarrollo (10).

Frente a estos retos, se compartieron las experiencias propias de cada país, dejando por sentado que el camino hacia el desarrollo es reducir la dependencia en recursos naturales, incrementar la asistencia técnica y la inversión extranjera en recursos humanos, así como fomentar su participación en procesos de integración regional y poner en práctica políticas que mejoren la redistribución de la inversión extranjera entre los inversionistas y las comunidades locales de los territorios donde se opera. En este sentido, se observaron también oportunidades a explotar, las cuales han sido vistas como:

- La oportunidad de los PED para construir estructuras económicas más diversificadas y sostenibles a partir del uso del mercado de inversiones amigables con el medio ambiente.
- La ocasión de explorar los beneficios de la cooperación sur-sur al observar que los flujos de inversión que provienen de países emergentes se han incrementado (11).

Con respecto al rediseño de políticas de inversión, se realizó una Mesa redonda Ministerial que tuvo como objetivos: 1) identificar las mejores prácticas en el trabajo de inversión para el desarrollo, 2) identificar las formas de maximizar el impacto de desarrollo de la inversión, y 3) discutir las formas de mejorar la elaboración de políticas sobre inversiones.

Aunque hubo diversas posturas, se llegó a consensos: realizar una reforma institucional, incentivar la inversión entendiendo que adoptar una postura liberal no significaba atraer efectivamente flujos de IED. De ahí que se intentó encontrar puntos de convergencia que permitan abordar el problema del balance de la IED y su regularización. Se señalaron algunos puntos clave a implementarse como: adoptar un enfoque de políticas de inversión holístico, incentivar la responsabilidad corporativa, controlar el ritmo del cambio que permita proteger a los Estados receptores de IED mientras ofrece beneficios a los inversionistas, construir uniones locales entre empresas y Estados, y mejorar los niveles de investigación y la información derivada (13).

2.3 Doha – Catar 2012

En el marco de la 13ª Conferencia Ministerial de la UNCTAD, tuvo lugar el Foro Mundial de Inversiones en Doha, en cual se trató cuestiones intersectoriales relacionadas con la inversión con mayor nivel de profundidad. Los debates de la Cumbre de Líderes Mundiales sobre inversión se encuadraron en el contexto posterior a la crisis económica y financiera internacional, que planteó problemas para algunos países en temas de desarrollo.

Se centraron en la manera en que la IED podría contribuir a resolver la crisis de empleo y crecimiento desde su impacto en la economía real y no en productos financieros especulativos. De ahí, que las principales cuestiones abordadas fueron: 1) la creación de empleo, 2) la inversión en favor de los pobres y la reducción de la pobreza, 3) la inversión responsable y la sostenibilidad, y 4) la promoción y la atracción de inversiones. Se destacó que los sectores prioritarios de los PED hacia los que se debía dirigir la inversión internacional eran los de: 1) infraestructura, 2) agua, 3) agricultura, y 4) energía.

Frente al apareamiento de nuevos inversores, al surgimiento de los países del sur como destinos atractivos para la inversión, y a la cambiante situación de la inversión internacional se concluyó que es necesario implementar políticas más eficaces que faciliten la inversión extranjera; a nivel nacional que permitan estimular la diversificación económica y la transformación estructural de las economías, mientras que a nivel internacional que pongan orden al crecimiento abrupto de acuerdos internacionales de inversión para garantizar su coherencia, lo que implicaba un enfoque mundial más coordinado para enfrentar los retos modernos. En consecuencia, se planteó fomentar las alianzas (principalmente público-privadas) para liberar a los países de las circunstancias económicas difíciles y atraer más inversión (UNCTAD 2012a, 1-5).

2.4 Ginebra – Suiza 2014

En el último Foro Mundial de Inversiones, realizado en Ginebra en agosto de 2014, se han desarrollado debates referentes al régimen actual de instrumentos internacionales de inversión entre representantes de los gobiernos de varios países, delegados de organismos internacionales, sector privado, y la sociedad civil; donde

claramente se han observado contraposiciones entre las partes en torno a ciertas cuestiones tratadas.

Por un lado, están quienes apoyan la firma de sólidos TBI para liberalizar y proteger los flujos de IED, lo cual permite reforzar los niveles de exigencia de estos tratados, precautelando los intereses de los inversionistas, el acceso al mercado, y el sistema de solución de controversias. Esta es la posición específica de Michael Tracton, Director de la Oficina de Inversiones Internacionales del Departamento de los Estados Unidos de América y de Peter Robinson, Presidente y Director Ejecutivo del Consejo de los Estados Unidos de América para Negocios Internacionales (USCIB). Este último respalda el rol que ha venido desempeñando el arbitraje internacional de inversiones, y se muestra escéptico de que alguna iniciativa multilateral logre alcanzar los altos estándares de protección a las inversiones que los TBI han logrado. En consecuencia, cree más bien que se debe reforzar la elaboración de las disposiciones de estos acuerdos bilaterales, que se han posicionado como el mecanismo actual para reglamentar la IED. (P. Robinson 2014, 1).

Por otro lado, están quienes coinciden en la imperante necesidad de un cambio profundo en el régimen, y en la reforma del sistema de Solución de Controversias entre Inversores y el Estado (SCIE), particularmente en lo relacionado a introducir nuevos elementos de empoderamiento en los tratados de inversión, tanto en liberalización como en transparencia (este es el caso de China). Además de incorporar criterios más claros para evitar conflictos, como es el caso de Argentina, particularmente en lo referente a expropiación directa e indirecta y quienes simplemente han cuestionado al sistema.

En la misma línea, Bolivia e Indonesia han expresado su posición de denuncia de los TBI; mientras que Ecuador informó sobre su política de recuperación de la soberanía que se ha implantado en el país desde 2006, en respuesta al embate de controversias de inversiones que ha sufrido el país, que lo ha posicionado como el tercero con mayor número de demandas en materia de inversiones a nivel internacional. Adicionalmente, cuestionó la legitimidad del SCIE, manifestando la necesidad de impulsar su replanteamiento desde la multilateralidad (Pino 2014, 1-2). Esta vía de acción, que sigue Ecuador para reformar el RAI, es una de *apartamiento*, la cual profundizaremos más adelante. Si bien existen puntos de vista diversos, a nivel general, se ha logrado encontrar coincidencias en las posiciones, que permitieron lograr los siguientes resultados:

- Se llegó a un consenso sobre la necesidad de llevar a cabo una reforma, tanto del régimen de AII como del sistema de solución de controversias relacionado a este, de forma integral y gradual, tomando en cuenta los intereses de todas las partes interesadas.
- Una identificación de los temas más urgentes a ser abordados, así como los medios posibles para hacerlo sobre los AII y la SCIE.
- El desarrollo de una hoja de ruta para la reforma del régimen de los AII.

Se reconoce entonces que los esfuerzos individuales para la reforma son útiles, pero no suficientes, ya que sólo un esfuerzo conjunto y multilateral que sea amplio, gradual e incluyente puede realmente llegar a ser eficaz. Con estos puntos definidos, se decidió continuar con los debates en una reunión de expertos promovida por la UNCTAD entre el 25 y 27 de febrero de 2015 en Ginebra, Suiza, para desarrollar la hoja de ruta de la reforma y con ello sacar adelante la labor de la Conferencia de AII, que sirvió para identificar 5 vías de reforma que tienen el fin de evitar paneles o tribunales de arbitraje, los cuales se están volviendo cada vez más polémicos (UNCTAD 2014a, 6).

2.5. El sistema de Solución de controversias entre los Estados y los inversionistas: estructura y funcionamiento.

La estructura del sistema de solución de controversias tiene su base en el arbitraje (ya sea por las normas del CIADI, del arbitraje ad hoc por el Reglamento de la CNUDMI, o por la Cámara de Comercio Internacional, ente los principales) debido a la naturaleza de las controversias que se trata, las cuales presentan características propias, diferentes a otras disputas internacionales ordinarias de orden jurídico, a saber:

- En una controversia Inversionista-Estado, las partes no son meramente entidades mercantiles como en otros arbitrajes comerciales, una de ellas actúa como *Estado soberano* representado a sí mismo o a entes inferiores al gobierno u organismos públicos, de los que puede surgir la controversia.
- Las medidas o actos impugnados en este tipo de controversias son específicos, ya que se refieren a aquellos adoptados u omitidos por un Estado soberano o por una entidad estatal soberana en el marco de su capacidad por reglamentar en favor del

interés público, lo que puede causar perjuicio a los intereses particulares, en este caso de una entidad extranjera.

- Al regirse las controversias de inversiones por el *Derecho Internacional* y al producirse por la violación de un instrumento internacional, el derecho aplicable también es específico al igual que los recursos disponibles, puesto que en los AII se estipula generalmente recurrir a arbitrajes y no a tribunales locales.
- Las controversias se presentan en medio de una relación entre los litigantes que conlleva un compromiso a largo plazo, derivada de la dependencia mutua.
- Las sumas que entran en juego en una controversia Inversionista-Estado son significativamente más elevadas que el promedio de las cantidades de arbitrajes comerciales.

Es así como el arbitraje se ha constituido como la principal opción para resolver disputas relativas a inversiones por parte de inversionistas extranjeros al amparo de tratados internacionales, de los que los países forman parte; cuyo funcionamiento depende de los procedimientos propios de cada centro arbitral, siendo el CIADI el principal.

En detrimento del funcionamiento eficaz del sistema, se han presentado múltiples críticas sobre él, provocando su desestabilización y llevándolo a una inminente reforma. Entre las principales destacan las relacionadas a:

- *La legitimidad.*- La importancia de las finanzas públicas de un Estado es lo suficientemente alta como para confiar un laudo arbitral a un grupo reducido *ad-hoc* que puede obstaculizar las vías o estrategias de desarrollo de los PED. La legitimidad como crítica se complementa con las críticas descritas *infra*.
- *La transparencia.*- Si bien es cierto que desde comienzos del siglo XXI el sistema ha mejorado en términos de transparencia (UNCTAD 2012a, 1-3), las partes pueden guardar su derecho de reserva, es decir mantener en secreto durante el arbitraje, lo cual no permite informar a la sociedad un tema que puede ser de interés nacional, es decir de alta importancia política.
- *La incoherencia de las decisiones arbitrales.*- Existe incoherencia en los laudos arbitrales debido a distintas interpretaciones jurídicas para casos que son similares, generando incertidumbre y falta de predictibilidad en las partes.
- *Las decisiones erróneas.*- Los errores cometidos por los árbitros tienen como contrapeso limitaciones en los mecanismos existentes de revisión, “aunque

encuentre 'errores de derecho manifiestos' en un laudo arbitral, un comité de anulación del CIADI puede verse en la imposibilidad de anular el laudo o corregir el error” (UNCTAD 2014a, 5).

- *La imparcialidad de los árbitros.-* El interés económico de los árbitros en participar en distintos casos los lleva a realizar de forma frecuente los denominados *cambios de chaqueta*, que implican actuar como abogados en unos casos, y como árbitros en otros, con el fin de mantenerse en actividad.
- *Las consideraciones financieras.-* Dado que los arbitrajes son juicios privados entre actores de distinta naturaleza, capacidad económica, financiera, etc., el costo de efectuar un proceso arbitral se ha disparado en el último lustro de manera exorbitante teniendo repercusiones financieras negativas para las partes (Ver las tasas judiciales de los casos de arbitraje presentados en el anexo 3).

En este contexto, las vías para la reforma de estos mecanismos se han centrado en: 1) promover un mayor uso de la negociación, conciliación o mediación como Mecanismos Alternativos de Solución de Conflictos (MASC), 2) adaptar el sistema vigente, limitar el acceso de los inversionistas al SCIE, 4) introducir un mecanismo de apelación, y 5) crear un tribunal permanente para las cuestiones relativas a inversiones (6-10). Estas serán a revisadas posteriormente con el fin de analizar su pertinencia y utilidad.

2.6. El poder de las transnacionales en el régimen internacional de inversiones.

La empresa transnacional aparece en la segunda posguerra mundial, con un modelo de integración vertical que dio origen a un proceso productivo mundial en el que se sustituyó la antigua división del trabajo, “en que los países subdesarrollados proporcionan materias primas y los países desarrollados productos manufacturados [...] por una nueva donde los primeros proporcionan productos primarios y manufacturados y los segundos los equipos y el *software*” (Amin 1978, 204); provocando que la toma de decisiones se centralice y que se refuerce la dependencia de la periferia con el centro.

Los efectos de esta nueva división fueron varias: por una parte, impedían a la periferia tener alguna pretensión de lograr autonomía no solo sobre su desarrollo sino sobre el ámbito político y cultural, y por otro se creó un escenario adecuado para la reproducción del sistema que evite el surgimiento de amenazas.

Dicho escenario estaba fundamentado en la multiplicación de transferencias de valor de la periferia hacia el centro, la creación de competencia entre países subdesarrollados para reducir su poder de negociación internacional por medio de la localización de la empresa transnacional en sitios donde la mano de obra fuera más barata que en otros, a pesar de tener la misma productividad, en el nacimiento de una clase obrera *semiaristocrática* a la que se beneficiaba con la seguridad del empleo, frente a las masas desempleadas, lo que aseguraba la docilidad del proletariado, y finalmente, en el control centralizado del capital que evitaba la formación de una burguesía empresarial nacional (204-207).

Poco a poco, estos efectos fueron mermando la capacidad soberana de los Estados de tomar decisiones de forma nacional ya que el sistema creado había posicionado a la empresa transnacional como un nuevo agente internacional notorio que influenciaba las decisiones y directrices de los sistemas económicos internos de los países, en medio de una nueva estructura económica caracterizada por un sistema mundial de producción y de servicios financieros interconectados que están por encima de las divisiones geográficas del Estado-nación.

En el capitalismo global actual, las ideas de diseño, patentes y derechos de autor se siguen regulando y generando desde el centro por más que tenga como característica la transnacionalización del sistema de producción, en el que se vincula la mano de obra y las mercancías de distintos países. Los individuos no toman decisiones individualmente sino son influenciados por quienes crean las ideas y desde donde estas se generan. El capital transnacional creó redes transnacionales y dio lugar a la aparición de grupos de poder y de movimientos sociales anti-globalización, mientras que su locación y expansión ha servido para constituir el “nuevo orden global de la monarquía imperial estadounidense que articula la expansión pacífica de la economía de libre mercado con violencia omnipresente en un nuevo régimen de globalidad económica y militar” (Escobar 2004, 8), que no representa a un Estado per se, sino a una clase social, en detrimento de los movimientos del sur, caracterizados como identidades fragmentadas, sin la fuerza necesaria para ser escuchados por ser considerados grupos culturales de destrucción, en contraposición del orden global establecido que consolida su expansión en una solapada estrategia de paz y status quo (8).

De ahí, que ahora es común aceptar la realidad de un mundo dominado por “un nuevo imperio que no opera a través de la conquista sino a través de la

imposición de normas (mercados liberalizados, estilo de democracia estadounidense, nociones culturales de consumo, entre otras)” (8); en un escenario donde los capitalistas transnacionales y los estratos dominantes aliados se integran horizontalmente y en el proceso de trasponer la línea nacional, penetran y utilizan numerosos aparatos nacionales y transnacionales para forjar su imperio, los cuales pueden ser Estados o instituciones.

Es así como regulan la sociedad con normas, leyes para coadyuvar la expansión de la clase capitalista y mantenerse sobre los demás con un discurso que se forja desde la ideología y las ideas, que se implantan en las sociedades por medio de las instituciones, y que intentan permanecer para orientar de acuerdo al interés del hegemón, que no está directamente relacionado a un cierto Estado aunque si lo utiliza para hacer desde él su centro de dominación.

La liberalización de los mercados en la actualidad parece ser una tendencia que supera a las ideologías de los Estados del norte o del sur independientemente de su discurso sobre no formar parte de sociedades globalizadas. De hecho, cada día están más involucrados en una sinergia integracionista, en un mundo interdependiente por un pragmatismo económico que genera utilidad, y que aísla a quien no se alinee con los procesos globales. Una muestra de aquello es propiamente Ecuador, que a través de las negociaciones de un acuerdo comercial con la Unión europea, ha demostrado un alto grado de pragmatismo al momento de cambiar su discurso público con el que el gobierno actual asumió su mandato en 2007, y con ello se demuestra el grado de influencia de la estructura en los Estados y los ciudadanos en un país.

La influencia directa no es de un Estado como Estados Unidos, sino que proviene de la estructura y del modelo de desarrollo que ahí se ha posicionado de forma transnacional, el cual se refuerza con la firma de acuerdos comerciales.

“La teoría económica neoliberal posee poderosos anticuerpos contra la evidencia que contradice su modo de ver las cosas” (Wade 2009, 17). A partir del consenso de la globalización, los PD han justificado el ascenso económico de los PED desde una falacia, apoyada por organismos internacionales como el Banco Mundial (BM), el Fondo Monetario Internacional (FMI), y la OMC para hacer creer que efectivamente gracias a sus recetas económicas basadas en el libre mercado, en la promoción de exportaciones y en el desarrollo desde políticas de la oferta, los

países deudores de estas instituciones confiaran en este modelo que resultó siendo ilusorio.

De hecho, si algo queda claro del análisis propuesto es que el crecimiento económico de los años 80, por parte de los PED, se debió a China, quien al contrario de los demás no siguió las políticas propuestas por el consenso de Washington sino todo lo contrario. Lo que se logró con esto es que el modelo neoliberal se exacerbe y que las instituciones neoliberales principalmente financieras velen por este esquema inclusive en época de crisis, y que se incremente el número de instrumentos internacionales que aseguren jurídicamente el modelo buscando mejorar los beneficios de la empresa transnacional, la cual ha adquirido una voz ante los foros internacionales de regulación de inversiones y en las negociaciones de acuerdos que sus países negocian con los que serían sus receptores.

En estas circunstancias, el mecanismo de reproducción del capital en la actualidad, más allá de la modernidad y de la distinción creada entre PD y PED, tiene que ver con las fuerzas materiales que toman forma en la globalización por una nueva división del trabajo creada a partir del transnacionalismo y con las instituciones que rigen al sistema internacional por medio de las que se ejerce influencia por parte de algunos grupos capitalistas sobre los movimientos sociales que no pueden decidir políticamente por un déficit democrático provocado, donde el Estado actualmente juega un papel secundario ante la subordinación al capital global.

De ahí, que ciertos PED hayan perdido la credibilidad depositada en ciertos organismos (en el caso de inversiones, el CIADI) e instrumentos (TBI y TLC) relacionados al Consenso de Washington.

Capítulo segundo

La experiencia ecuatoriana en la negociación de acuerdos de inversión

Más allá de realizar una mera revisión pormenorizada de las decisiones tomadas por el Estado ecuatoriano en ciertos momentos históricos, en otrora y en la actualidad, frente a la negociación de acuerdos de inversión, el punto central de este capítulo es vislumbrar si las decisiones, los instrumentos internacionales suscritos, y las leyes internas adoptadas fueron acogidos en virtud de una estrategia institucional propia del Ecuador o fueron consecuencias coyunturales de las circunstancias y tendencias globales que se presentaron en su momento, las cuales influyeron en los gobiernos de turno del país y en sus estructuras.

3. Una revisión histórica de la participación de Ecuador en las negociaciones internacionales sobre acuerdos de inversión: en el ámbito multilateral y bilateral.

3.1 Multilateralismo

En los años 80 y 90 del siglo XX, en concordancia con las tendencias internacionales y con las agendas impuestas en los foros multilaterales de los que Ecuador formaba parte, su participación frente a la negociación de acuerdos de inversión y de acuerdos comerciales, que han incluido disposiciones para regular la inversión extranjera, se ha delimitado casi exclusivamente al ámbito bilateral. Es así como, en el ámbito multilateral, los únicos esfuerzos realizados por Ecuador para regular la inversión extranjera se han restringido a la Organización Mundial del Comercio (OMC) y a la Comunidad Andina (CAN); exceptuando el intento fallido del establecimiento del Área de Libre Comercio de las Américas, del cual Ecuador formó parte, a partir de la firma de la Declaración de Principios y del Plan de acción, en la Cumbre de las Américas realizada en Miami el 11 de diciembre de 1994 (Ministerio de Relaciones Exteriores 1995, 593).

3.1.1. Organización Mundial del Comercio (OMC)

Ni la ronda de Uruguay, ni la de Doha, significaron avances importantes para Ecuador en temas de inversión, puesto que los esfuerzos se concentraron en los problemas de acceso a mercados, el perfeccionamiento de normas y en ciertas materias que les preocupaba a los PED como: agricultura, servicios, acceso a mercados para productos no agrícolas, propiedad intelectual, normas de la OMC (medidas antidumping, subvenciones y medidas compensatorias), entre otras.

Un tema pendiente en ambas fue la reestructuración del sistema de solución de controversias de la OMC, sin ninguna mejora (López 2008, 1-18). Al menos a través de estos acercamientos multilaterales se dejó por sentado la importancia de la relación entre la inversión y el comercio; puntualmente, en la Ronda de Uruguay, donde se negoció el Acuerdo sobre las Medidas en Materia de Inversiones relacionadas con el Comercio (MIC), el cual dispuso que los gobiernos eliminaran gradualmente las medidas que actúan como condiciones a los inversionistas extranjeros y que pueden tener efectos en el comercio contraviniendo las normas dispuestas en el artículo III (trato nacional) o en el artículo XI (restricciones cuantitativas) del GATT.

Desde allí, la inversión y el comercio estuvieron ligados por las cláusulas de *acceso a mercados*, la cual prohíbe la aplicación de limitaciones al capital extranjero e impone límites al volumen o al valor de las mercancías con las que comercia un miembro de la OMC y por la de *trato nacional*, por medio de la que un país miembro de la OMC debe otorgar el mismo trato a nacionales de otros países miembros en su territorio, con ciertas excepciones a estas cláusulas estipuladas en la lista ilustrativa al acuerdo, denominadas como MIC incompatibles con estas obligaciones (OMC 2001, 1-6).

Por su parte, la participación de Ecuador en el sistema multilateral de comercio se vio enmarcada en la negociación de productos agrícolas, de productos no agrícolas o industriales (AMNA), el comercio de servicios, y en la facilitación del comercio; puntualmente, en la modificación del régimen de importación impuesto por la Unión Europea a su producto estrella, el banano. El país no obtuvo resultados positivos, ya que el fracaso de la Ronda de Doha mantuvo intactas las políticas de la Unión Europea (Muñoz y López 2007, 16). Respecto a un escenario más actual, concretamente hasta 2014, las acciones se han circunscrito a la examinación de tres

nuevas medidas en materia de inversiones, al cumplimiento de las obligaciones de notificación por parte de los miembros de la OMC, según lo dispuesto en el Acuerdo de las MIC, y al debate sobre algunas medidas anteriores; temas desarrollados en el marco de las 2 reuniones realizadas por el Comité del MIC (OMC 2015, 66).

3.1.2. Comunidad Andina (CAN)

La CAN, para algunos, el avance institucional más importante de América Latina, y el segundo a nivel mundial después de la Unión Europea, llegó a ser una unión aduanera incompleta con órganos supranacionales propios como la Comisión, el Parlamento y el Tribunal de Justicia, los cuales conformaron una estructura a la que no se le transfirió la soberanía nacional de los Estados miembros sino que se le permitió actuar de acuerdo a los intereses de ellos y en la medida de sus atribuciones otorgadas a la institucionalidad creada (Malamud y Scmitter 2007, 1-2).

Aunque la normativa primaria (en el capítulo III del Acuerdo de Cartagena) designó al Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores formular la Política Exterior Común, para los asuntos que sean de interés subregional concertando posiciones políticas conjuntas en el marco de una participación comunitaria (CAN 1969, 14-15), la normativa secundaria permitió que “los países miembros podrán negociar acuerdos comerciales con terceros países, prioritariamente de forma comunitaria o conjunta y excepcionalmente de manera individual” (CAN 2004a, 4.).

Este hecho provocó que cada Estado miembro pudiera conservar su derecho a negociar acuerdos de forma bilateral y no en bloque, lo que significó entre otras cosas la mantención de la autonomía internacional por parte de los Estados miembros de tal manera que la cesión de atribuciones a la institucionalidad creada no afectara sus intereses particulares, manifestada en una política externa propia.

Es así como, el Derecho Comunitario que conceptualmente significaba tener “primacía sobre el derecho nacional para poder garantizar su uniformidad en todos los Estados miembros [...] y tener autonomía con respecto al Derecho interno de los Estados” (Gobierno de España 2015, 1), al más puro estilo del esquema europeo, no pudo desarrollarse en la práctica al nivel pensado. De alguna manera, la normativa secundaria, en contraposición de lo establecido en el acuerdo constitutivo del proceso

de integración andino, amplió el campo de acción para responder a las necesidades de los países miembros que aparecían en el contexto de globalización.

Por su parte, con respecto a la regulación de inversiones, la normativa primaria que atañe al Ecuador, específicamente en el artículo 55 del Acuerdo de Cartagena prevé que la Comunidad Andina cuente con un régimen común sobre tratamiento a los capitales extranjeros y, en el artículo 56 que cuente con un régimen uniforme al que deberán sujetarse las empresas multinacionales andinas. Estos lineamientos marcos tomaron forma en la Decisión 291 *Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* y la Decisión 292 *Régimen Uniforme para Empresas Multinacionales Andinas*, aprobadas en marzo de 1991 que tienen como antecedente la decisión 24³ *Régimen común de tratamiento a los capitales extranjeros y sobre marcas, patentes, licencias y regalías*.

La decisión 291 ha sido la base legal de los países andinos para regular la inversión extranjera; si bien se limita a ser una normativa andina que intenta instrumentar la defensa de los países receptores de inversión y fomentar la atracción de flujos de inversión, en su mayoría no tiene un fondo homogeneizador de las políticas propias de cada país para cumplir con estos objetivos. Si observamos los temas tratados en dicha decisión, las respectivas legislaciones nacionales de los países miembros son las que al final regulan directamente la inversión en sus territorios y no una normativa comunitaria. Es así como se ha dejado a discreción de las legislaciones de los países de la CAN normar sobre: solución de controversias, causales de expropiación y compensaciones e indemnizaciones.

El pragmatismo con el que la Comunidad Andina ha actuado en los temas comerciales y regulatorios ha servido para orientar los esfuerzos negociadores en su momento a las normas ATPDEA que beneficiaban a los países de la región y en otro más actual a las negociaciones con la Unión Europea, de nuevo en esta lógica de la globalización o regionalismo que en el caso de la CAN se ha visto mayormente motivado por la primera, y en su momento también a respetar la decisión soberana de los países de firmar tratados bilaterales de inversión, que estén de acuerdo a su interés y facultades propias, sin interferencia alguna del bloque, aunque han existido iniciativas por normar de forma comunitaria ciertos temas, en aras de impulsar una

³ Del 31 de diciembre de 1970.

política de integración subregional andina. Concretamente, las Decisiones 599 y 600 de julio de 2004, emitidas en el primer caso, para armonizar *los aspectos sustanciales y procedimentales del impuesto al valor agregado* y la segunda para armonizar *los impuestos tipo selectivo al consumo (ISC)*, por medio de la adecuación de los regímenes tributarios de los países miembros. Sin embargo, hasta el 2014 las tasas impositivas demuestran ser diferentes en cada país miembro del bloque (CAN 2004b, 3-16).

Este pragmatismo se fundamenta en la necesidad de los países de la CAN de realizar negociaciones con sus principales socios comerciales (Colombia, Perú y Ecuador con Estados Unidos y la Unión Europea y de Bolivia con el Mercosur), los cuales están fuera de las fronteras del bloque y de atraer inversión desde países que han creado lazos más fuertes sobre todo con sus industrias extractivas.

Al 2014, las exportaciones intracomunitarias no significaron más del 8% con respecto a las exportaciones mundiales del bloque (CAN 2015, 1-6); mientras que la inversión extranjera directa que recibió la Comunidad Andina al 2014 provino en mayor porcentaje de Canadá, países de la Unión Europea y de China, aunque no se tenga datos exactos de la IED procedente de Asia ya que varios países de América Latina no han mantenido registros sobre el origen de las inversiones; por ejemplo el Banco Central de Perú, no rastrea el origen de sus inversiones. Sin embargo, se estima que en 2014 hubo una participación promedio de estos países y regiones en los flujos de IED ingresantes a la CAN de al menos 50% (CEPAL 2015, 32). Como antecedente a este dato, para el período 2001-2010, el 33% del total de la IED que ingresó al bloque provino de los Estados Unidos de América, la Unión Europea, Panamá, Brasil y México (CAN 2011, 4).

Por otro lado, está claro que China se ha convertido desde el año 2010 en un inversionista importante para ciertos países de América Latina y el Caribe como Perú y Brasil, quienes recibieron el 71.9% del total de la IED china en la región. No obstante, para Ecuador, China ha sido un importante prestamista y no inversor. A enero de 2016, la deuda con China por parte del Estado ecuatoriano superó los US\$ 6.000 millones, mientras que la inversión extranjera directa del país asiático en Ecuador llegó a US\$ 66.7 millones en los tres primeros trimestres de 2015 (Banco Central del Ecuador 2015). Estos datos demuestran la naturaleza de los flujos de capital que ingresaron al país desde China, los cuales en su mayoría, llegaron en forma de crédito en procura de un rédito financiero.

3.2. Bilateralismo

En la década de 1990, se impuso la tendencia de promover acuerdos de integración en dirección de un regionalismo abierto, caracterizado por el reforzamiento de la interdependencia económica creada por parte de varios países que se encontraban geográficamente y culturalmente cercanos y las políticas preferenciales de integración que coadyuvaron a dicha interdependencia. En este contexto, la estrategia se plasmó en el multilateralismo, principalmente implementada por Estados Unidos a partir de la implementación de acuerdos de liberalización comercial que en el caso de América Latina se traducían en el ALCA.

Sin embargo, posteriormente este país optó por una estrategia bilateral para acercarse a ciertos países que presentaban mayores debilidades y apuros por acceder al mercado estadounidense con el fin de imponer condiciones políticas convenientes a sus intereses. Los efectos inmediatos del bilateralismo se observaron en la fragmentación de los procesos integracionistas de la región y en la aceptación de los países latinoamericanos por seguir esta tendencia que en términos generales determinó el modo de negociación internacional a nivel mundial y en América Latina, entre ellos Ecuador. De ahí que el bilateralismo se volviera una práctica común y mayormente aceptada y que no resistiera mayor análisis (Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Estocolmo 1996, 132-134).

El Estado ecuatoriano ha optado por una estrategia bilateral para regular la inversión extranjera en el país, por medio del *sistema de protección recíproca de inversiones*, el cual en la práctica ha resultado unilateral y adverso para el país cuando este ha intentado tomar medidas autónomas para proteger sus intereses, en algunos casos, en detrimento de aquellos de las empresas transnacionales que mantienen o realizan inversiones en su territorio. Una muestra de la mencionada estrategia son los 30 Tratados Bilaterales de Inversión negociados desde la década de los 60, de los cuales 3 no fueron ratificados por la contraparte (con Panamá, Costa Rica y Rusia) y 1 no fue renovado (con Egipto), dejando como resultado 26 acuerdos vigentes al 2008 (ver tabla 1).

Tabla 1.
Tratados Bilaterales de Inversión firmados por Ecuador y vigentes al 2008

País	Año de entrada en Vigencia	País	Año de entrada en Vigencia
Alemania	1996	Honduras	2006
Argentina	1995	Italia	2005
Bolivia	1997	Nicaragua	2002
Canadá	1997	Países Bajos	2001
Chile	1996	Paraguay	1995
China	1997	Perú	1999
Cuba	1998	Reino Unido	1995
El Salvador	1996	República Dominicana	2006
España	1997	Rumania	1997
EE.UU	1997	Suecia	2002
Finlandia	2001	Suiza	1969
Francia	1996	Uruguay	1995
Guatemala	2005	Venezuela	1995

Fuente: SICE, OEA.

Elaboración: Santiago Núñez.

En la última década, Ecuador ha participado activamente en los foros mundiales sobre inversión, establecidos como una iniciativa para revitalizar los esfuerzos multilaterales de una manera más incluyente y propositiva, y en las conferencias anuales sobre acuerdos de inversión, los cuales han conformado espacios que han servido sobre todo para exponer las falencias de una estrategia bilateral emprendida por los gobiernos neoliberales de finales del siglo XX en el país y compartir las experiencias actuales frente a las consecuencias negativas experimentadas por Ecuador, en el marco del régimen actual de acuerdos de inversión.

3.2.1. Foros mundiales sobre inversión y conferencias anuales sobre acuerdos de inversión

Desde el año 2008, se ha instaurado el Foro Mundial de Inversiones, reunión que ha buscado reunir las diversas experiencias de los actores del régimen

internacional de inversiones, entre ellas la ecuatoriana, con el fin de observar convergencias y diferencias. Como refuerzo, se han celebrado conferencias anuales sobre acuerdos de inversión desde el año 2012, de acuerdo a los registros de la UNCTAD, la primera en Ginebra–Suiza en julio de 2012, y la más reciente en Minsk–Bielorrusia, en septiembre de 2015, siendo la última un curso regional de entrenamiento sobre los acuerdos de inversión y sobre la reforma al régimen, en el cual Ecuador no tuvo participación.

Ante las iniciativas emprendidas, el Estado ecuatoriano ha tenido una participación parcial en los eventos efectuados. En lo que a los foros mundiales de inversión se refiere, Ecuador ha asistido por medio de representantes del gobierno a dos de los realizados, con excepción del primero en la ciudad de Accra en 2008 y en Doha en 2012. Ecuador ha formado parte de los eventos realizados en Xiamen y Ginebra por medio de sus delegaciones oficiales, las cuales no han provenido de un solo sector del gobierno sino que han sido conformadas por distintos funcionarios públicos, quienes han sido acompañados por los miembros de las Oficinas Comerciales del Ecuador situadas en las ciudades donde se han llevado a cabo los encuentros. Con respecto a las conferencias anuales, Ecuador ha participado en algunas, sirviendo incluso de sede, como en diciembre de 2012. Sin embargo, ciertamente no ha tenido una participación activa con excepción de la conferencia sobre la reforma del régimen actual de inversiones celebrada en octubre de 2014, en donde Ecuador ha mostrado su posición y un mayor y profundo interés en los temas tratados.

En el caso de Xiamen en 2010, Ecuador estuvo representado por el procurador general del Estado, Diego García Carrión, y su comisión que incluyó a Patricio Rivera, entonces ministro de Finanzas. La intervención del procurador general del Ecuador se realizó en el contexto de la mesa redonda sobre la *Revisión de las políticas de inversión*, en la cual se intentó compartir visiones, experiencias y prácticas frente al proteccionismo en la inversión extranjera y a la maximización de los beneficios de la IED en el desarrollo, a través de un equilibrio entre la liberalización y regulación de las inversiones y de una coherencia política (UNCTAD 2010b).

Para Ecuador, su principal preocupación se centró en el sistema actual de solución de controversias Inversionista-Estado, que años más tarde, volvería a resaltar enfatizando sobre los puntos críticos, que le ha significado altos costos de

defensa, desvalorización de las leyes locales, procedimientos excesivamente largos, falta de mecanismos para revisión de laudos y que se tome el lugar de los jueces locales dejando sus decisiones sin efecto, restándole al Estado su capacidad de administrar justicia sobre controversias planteadas por inversionistas extranjeros (García 2013).

Dos años después en Doha, Ecuador no tuvo ninguna representación oficial que asistiera al evento. La única ecuatoriana presente fue María José Vicuña, quien estuvo entre las diez nominadas para recibir el premio *Empretec women in business awards* por su labor destacado en el desarrollo de ideas de negocio innovadoras, que se materializaron en la creación de 4 empresas que han proporcionado puestos de trabajo a 26 mujeres ecuatorianas (en su mayoría ancianas y discapacitadas) e ingresos para la comunidad (UNCTAD 2012b).

En el Foro mundial de inversiones realizado en Ginebra en 2014, la representación ecuatoriana estuvo liderada por el ministro coordinador de Producción, Empleo y Competitividad, Richard Espinoza, quien tuvo una activa participación en la mesa redonda de ministros. En su discurso expuso principalmente que Ecuador se encuentra en un proceso de cambio de la matriz productiva, proceso que ha dado origen a una nueva normativa legal que tomó cuerpo en el Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones, cuyo fin es fomentar todo tipo de inversión productiva. El ministro abordó uno de los dilemas recurrentes y universales en la regulación de inversiones, desde la experiencia ecuatoriana.

Sobre el equilibrio entre facilitar la inversión privada y el rol regulador del gobierno, se explicó que se ha tomado medidas claras, entre ellas:

- 1) “Implementar incentivos tributarios que disminuyan la carga fiscal, generando así mayor número de empresas que tributan” (Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad 2014a).
- 2) Suscribir contratos de inversión entre el Estado ecuatoriano y la empresa privada, figura que se contempla en el Código Orgánico de la Producción y que permitiría al Estado otorgar estabilidad en los incentivos tributarios, a cambio de que la empresa se comprometa a cumplir con ciertos requisitos de desempeño, en el ejercicio de su proyecto de inversión.
- 3) Reducir el tiempo que tomaba constituir una compañía, de 60 a 2 días.

Christian Pino, por su parte, participó como representante del Estado ecuatoriano en el panel de discusión sobre la reforma al RAI, la cual se desarrolló en

el marco de la Conferencia anual sobre el tema, en la ocasión del Foro Mundial de Inversiones; allí expuso cuatro puntos que sucintamente conforman la base de la posición ecuatoriana frente al régimen internacional de inversiones actual:

- *Recuperación de la soberanía en 2006:* El Estado ecuatoriano toma acciones para equilibrar su participación en la administración de recursos naturales (se aprueba la Ley 2006-42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos), lo que consecuentemente generó un número significativo de demandas en materia de inversiones.
- *Los TBI son un producto del neoliberalismo que protegía al capital:* Los instrumentos legales que ampararon las demandas en inversiones en contra del Ecuador fueron negociados y firmados principalmente entre 1992 y 2002, la década en el que el país fue liderado por gobiernos neoliberales que priorizaron la desregulación de la economía y la subordinación del ordenamiento jurídico interno a instrumentos internacionales sin visualizar las consecuencias que provocaría.
- *Ilegitimidad del Sistema:* Las críticas planteadas sobre el sistema provienen del alto número de demandas planteadas al Estado ecuatoriano, la desproporción de las decisiones por parte de los tribunales arbitrales y las exorbitantes cifras de los fallos a favor del inversionista, las cuales se han originado en las disposiciones contenidas en los instrumentos internacionales que se firmaron para regular la inversión (TBI).
- *Cuestionamiento al sistema y su replanteamiento:* El sistema actualmente creado ha investido a los tribunales arbitrales internacionales con la capacidad de castigar las actuaciones soberanas de los Estados, quienes han observado una subordinación de los órganos e instrumentos del sistema a los intereses corporativos y al capital. Esto ha despertado la idea de un imperativo análisis del sistema y de su mejoramiento para lograr mayores estándares de transparencia e igualdad en la imposición de obligaciones no solamente a los Estados sino a las empresas transnacionales (Pino 2014).

En este contexto, con la finalidad de rediseñar un sistema alternativo de regulación de la inversión extranjera, en su discurso, Pino explicó que Ecuador ha decidido emprender acciones internas como: evaluar la validez de los TBI firmados,

los resultados de la inversión extranjera directa en el país y analizar el sistema de arbitraje y casos contra Ecuador.

4. El clima interno del Ecuador sobre la regulación de inversiones entre 1990 y 2014.

La sustitución de la Decisión No. 220 de 1987 por la No. 291 de 1990, por parte de la Comisión del Pacto Andino, en cuanto al *Régimen Común de Tratamiento a los Capitales Extranjeros y sobre Marcas, Patentes, Licencias y Regalías* implicó que los Estados miembros tuvieran que adaptar sus legislaciones internas hacia estos cambios en la normativa comunitaria. En el caso ecuatoriano, las disposiciones referidas fueron incorporadas por medio del Decreto No. 415 del 8 de enero de 1993, por el que se aprobaron ciertas normas reglamentarias que eliminaban varias restricciones para la inversión extranjera, como la supresión de autorizaciones previas, y por el Decreto No. 2.501 del 13 de junio de 1995 por medio del que se le otorgó aplicación a los procedimientos relativos a un favorecimiento del clima interno del país para la recepción de inversión extranjera (Guerra 2008, 33).

Durante el gobierno de Durán Ballén, en 1993, se adoptan varias medidas para disminuir la intervención del Estado en actividades de explotación petrolera, entre ellas:

- La decisión del Ecuador de retirarse de la OPEP y permanecer como asociado a esta organización, en enero de ese año, con el fin de tener la capacidad de actuar de manera autónoma y no ser parte de acciones colectivas.
- La promulgación en el Registro Oficial 349 de *la Ley 50 de modernización del Estado, privatizaciones y prestación de servicios públicos por parte de la iniciativa privada*, mediante la cual se intenta liberar al Estado de cargas económicas y regular la prestación de servicios públicos y actividades económicas por parte de la empresa privada de acuerdo a “la desmonopolización, la libre competencia y la delegación de servicios o actividades [...] según la Constitución vigente” (Congreso Nacional del Ecuador 1993, 2).
- La aplicación de reformas a la Ley de Hidrocarburos⁴ mediante las cuales se introduce otro modelo contractual denominado como *Contrato de Participación*,

⁴ Ley 44, Registro Oficial No. 326 del 29 de noviembre de 1993.

por el que se le permitía al Estado delegar la exploración y explotación de petróleo a empresas privadas, y percibir ingresos fijos de estas actividades.

En 1994, con la misma visión del año anterior, se aprueba la Ley General de Instituciones del Sistema Financiero con el fin de facilitar la transición de un esquema bancario restringido y tutelado por el gobierno a un sistema de banca global regulado por el mercado. De ahí que por medio de esta ley se permitiría que los bancos ecuatorianos pudieran realizar transacciones de créditos y depósitos en dólares o moneda extranjera y que realicen *operaciones off-shore* fuera del país enviando los fondos de los ecuatorianos al exterior para evitar confiscaciones internas y otros controles (Congreso Nacional del Ecuador 1994).

En este contexto neoliberal de mayor aperturismo y vinculación hacia los mercados externos, dos años después, se produjo la adhesión del Ecuador a la Organización Mundial del Comercio y como consecuencia en 1997, se promulga primero la Ley de Comercio Exterior e Inversiones⁵ con el objetivo de regular los aspectos institucionales y sustantivos en materia de inversiones y después la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones⁶, la cual sirvió como cuerpo normativo para la regulación de inversiones en el Ecuador. Por medio de la primera, se creó el Consejo de Comercio Exterior e Inversiones – COMEXI (organismo reemplazado por el COMEX), la Corporación de Promoción de Exportaciones e Inversiones – CORPEI y se designó al entonces Ministerio de Industrias, Comercio Exterior, Integración y Pesca como el organismo ejecutor de las políticas adoptadas (Guerra 2008, 33-34).

En 2001, se produce la ratificación legislativa del Ecuador al CIADI, por medio del Decreto Ejecutivo No. 1417-B publicado en el Registro Oficial No. 309, hecho que produciría cambios en la manera de solucionar controversias internacionales en materia de inversión, entre los principales:

- En virtud del artículo 25 de la Convención del CIADI, un Estado que por naturaleza es un ente soberano, puede ser sometido ante un tribunal de arbitraje para resolver una controversia jurídica surgida con un nacional originario de otro Estado, colocando en igualdad de condiciones a un ente soberano con un nacional de otro Estado (CIADI 2006, 18).
- El nacional puede iniciar directamente una acción legal en contra de un Estado causante de violación de un derecho sin tener que recurrir a la protección

⁵ Ley No. 12. Suplemento del Registro Oficial 82 del 9 de junio de 1997.

⁶ Ley No. 46. Registro Oficial 219 del 19 de diciembre de 1997.

diplomática de su Estado, lo que anterior al CIADI era impermissible ya que en Derecho Internacional, se debía endosar el conflicto a su Estado para que este hiciera uso de los medios pacíficos para resolver la controversia (negociación, mediación, conciliación, arbitraje, entre otros) (19).

En 2006, se aprueba la Ley reformativa a la Ley de Hidrocarburos mediante el Registro Oficial No. 257, por la cual se le permitía al Estado tener una participación en el excedente de los precios de venta del petróleo no pactados o no previstos así como ingresos por primas de entrada, derechos superficarios, regalías, entre otros que pusieron en descontento al gremio de las empresas petroleras que operaban en el país (Congreso Nacional del Ecuador 2006, 3).

A inicios de 2007, con la llegada de un nuevo régimen gubernamental al Ecuador, se propicia la aplicación de varias medidas contrapuestas a las mencionadas anteriormente. En este año se decide volver a la OPEP, casi quince años después del apartamiento con el fin principal de tener información privilegiada sobre temas petroleros al igual que fuentes de financiamiento de las que los socios se benefician. Además, se toma la determinación de expulsar de Ecuador a Eduardo Somensatto, representante del Banco Mundial en Quito, antecedente a la denuncia y consecuente terminación del convenio con el CIADI, del cual el país formó parte desde 1986, por medio del Decreto Ejecutivo 1823 del 2 julio de 2009.

En este contexto, por medio del Decreto Ejecutivo 1506 del 6 de mayo del 2013, se crea la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (CAITISA), adscrita a la Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo con el objetivo de examinar y evaluar: 1) el proceso de firma y negociación de los TBI y otros acuerdos de inversión suscritos por el Ecuador y las consecuencias de su aplicación, 2) el contenido y compatibilidad de estos tratados con la legislación ecuatoriana y 3) la validez y pertinencia de las actuaciones y los procedimientos adoptados y los laudos emitidos por los órganos y jurisdicciones que son parte del sistema internacional en materia de inversiones (Correa 2013, 2).

4.1. La denuncia de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones por parte del Ecuador: Caso CIADI.

En los últimos años, los países latinoamericanos y caribeños se han propuesto crear un sistema de arbitraje alternativo al CIADI, que garantice el debido proceso a los inversionistas y que esté fundamentado en el respeto a las leyes y constituciones de cada país. A partir de este discurso, varios países de América Latina, entre ellos Ecuador, Venezuela y Bolivia, han decidido retirarse del sistema de arbitraje propuesto desde Washington aduciendo que no existe transparencia ni imparcialidad en la solución de conflictos internacionales ya que para sus laudos, los tribunales arbitrales únicamente consideran los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones vigentes (TBI) y el convenio de Washington, desconociendo las leyes y normas internas de cada Estado (CAITISA 2014, 5-21).

Las razones para discutir la transparencia de los Tribunales del CIADI con respecto a los fallos en contra de Ecuador reforzaron la idea del gobierno de emprender un análisis pormenorizado del sistema de solución de controversias actual; dicho análisis dejó como resultado irregularidades en la firma y ratificación del CIADI.

La comisionada de la CAITISA, Piedad Mancero, en comunicación personal con el autor, el 30 de octubre de 2015, explicó que las primeras se presentaron cuando el entonces canciller de la República del Ecuador Edgar Terán firmó la adhesión al CIADI en Washington en 1986, sin gozar de los poderes plenipotenciarios que debe otorgar el Presidente de la República y sin pasar por la aprobación y ratificación del Congreso Nacional, solemnidad que se debió haber cumplido de acuerdo con las leyes ecuatorianas y la Constitución de ese entonces. Este hecho se pasó por alto hasta el 2001, año en el que, a partir de las gestiones realizadas por las mismas transnacionales, específicamente por la ECAPAG, en su afán de tener un marco legal formalizado para obtener su concesión del servicio de agua potable en Guayaquil, se ratificara la adhesión al CIADI con nuevos cuestionamientos de transparencia sobre este proceso, dejando como constancia un proceso con dudosa validez.

Por otra parte, en 2008, Ecuador decide iniciar la denuncia de los TBI, en primer lugar, con países con los que no representaban un flujo de capital sustancial: Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República

Dominicana, Rumanía y Uruguay. En 2010, en cambio, inicia el proceso para la denuncia de los TBI con los siguientes países: Alemania, Argentina, Canadá, Chile, China, Estados Unidos, Finlandia, Francia, Países Bajos, Reino Unido, Suecia, Suiza y Venezuela; a los que se les suma la denuncia de los TBI con Bolivia, España, Italia, Perú (Jijón 2010, 14-18).

4.2. La denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión firmados por Ecuador.

La denuncia de los TBI en Ecuador tiene su origen histórico en el proceso de análisis iniciado por el Comité Consultivo Interinstitucional en 2004, por medio del cual se buscaba conocer el impacto de estos y otros convenios en la economía ecuatoriana. Años más tarde, en junio de 2009, durante la administración del canciller Fander Falconí, el Gobierno del Ecuador, mediante un oficio que demostraba su posición frente a las negociaciones que se realizaban con la Unión Europea, expuso textualmente que “la propia Comisión Europea ha manifestado por escrito que los acuerdos bilaterales que los Estados Miembros de la UE han suscrito con países terceros, entre ellos los países andinos, violan el derecho comunitario, de lo cual se deduce la imperiosa necesidad de que sean renegociados” (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana 2009, 2-3); esta afirmación se respalda además por varios documentos y comunicados oficiales de la Unión Europea, donde se estipula que desde la entrada en vigor del Tratado de Lisboa, se contempla a la inversión extranjera directa como una de las materias de política comercial común del bloque, sobre la cual tiene exclusiva competencia la Unión Europea (Comisión Europea 2010, 7). El hecho de que la competencia de la negociación de los TBI pertenecía al bloque y no a los Estados de forma individual, formó un antecedente claro para su posterior denuncia.

A la fecha, se ha concluido con éxito solamente el proceso de denuncia de los TBI con Uruguay (sin cláusula de supervivencia) y República Dominicana (vencida la cláusula de supervivencia). De ahí que 7 de los 9 países denunciados por vía diplomática, de acuerdo con las reglas de la Constitución de 1998, así como los 17 restantes según la Constitución de 2008 sigan vigentes por la aplicación de la cláusula de remanencia (*superveniencia o ultra actividad*), que en la mayoría de los casos ha oscilado entre 10 y 15 años, aunque en otros ha ido de 5 hasta 20 años. De

los 7 casos primeros, se ha cumplido con las formalidades pertinentes del proceso de denuncia, según la Constitución de 1998, aunque todavía están vigentes, mientras que solamente se ha concluido exitosamente la denuncia del TBI con Finlandia de los 17 casos según la Constitución de 2008, el cual también se mantiene vigente por la cláusula mencionada, que en este caso es de 10 años, contados a partir de la denuncia en 2010.

Por otra parte, si bien Ecuador ha cumplido con las formalidades internas del proceso de denuncia con respecto a 4 países (Alemania, Francia, Suecia y Gran Bretaña) se espera la notificación mediante nota reversal; es decir, que la contraparte responda a la denuncia para completarla. No obstante, de aceptarse la denuncia, las cláusulas de remanencia les permitirían permanecer vigentes al menos 15 años (15 en el caso de los 3 primeros y 20 en el caso del último nombrado) (Mancero, com. pers).

Las razones, por las que 12 procesos de denuncia se encuentran pendientes hasta la fecha, más los 4 últimos mencionados, han sido de índole diplomático, en ciertos casos porque están a la espera de que el Presidente de la República notifique a los Estados involucrados, porque la denuncia no tiene un efecto inmediato o porque existen arbitrajes actuales en base a los documentos.

A diciembre de 2014, se evidenció por ejemplo que las denuncias de los TBI con 4 países no han sido aprobadas por el pleno de la Asamblea Nacional por suspensión de sesión (Chile, China, Países Bajos y Venezuela), mientras que por otro, el TBI con Italia no tiene informe favorable de la Comisión especializada de la Asamblea Nacional y 7 Tratados no han sido conocidos aún por el Pleno (Argentina, Bolivia, Canadá, España, Estados Unidos, Perú, Suiza) (Mancero 2015, 1-10).

En consecuencia, a criterio del autor, es necesario agilizar los procesos de denuncia de acuerdo con el procedimiento inscrito en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados de 1969, la Constitución del Ecuador de 2008, la Ley Orgánica de la Función Judicial y la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Para una vez terminada la fase de procedimientos internos, comunicar formalmente a la contraparte a fin de surtir efectos jurídicos a nivel internacional y que concurra el tiempo correspondiente de vigencia por la cláusula de *ultractividad*. Por su parte, la multiplicidad de instancias en las que se encuentran los procesos pendientes de denuncia son una muestra clara de una actuación desordenada, sin la importancia y agilidad del caso que merece.

4.3. Revisión de la estructura institucional, organizativa y normativa del Ecuador frente a los procesos internacionales de regulación de inversiones.

En este documento no está en discusión la importancia de la inversión productiva ya sea nacional o extranjera en los procesos de desarrollo para que estos sean sostenibles, ni la necesidad de los países de crear condiciones para atraer inversión que les permita lograr un crecimiento económico sostenido (y otros beneficios como empleo, infraestructura interna e intercambio tecnológico) y así atenuar los problemas sociales que enfrenta; sino, está más bien en análisis la capacidad de un país, en este caso Ecuador, para crear un ambiente atractivo para las inversiones provenientes del sector privado que no perjudiquen los mismos fines de la búsqueda de inversión, anteriormente mencionados.

En términos generales, la normativa interna del país, fundada en términos neoliberales y subordinada al mercado provocó una concentración sectorial que demuestra que más del 80% de la IED que ingresó al país hasta 2006 estuvo dirigida al sector petrolero y más de la mitad provino de dos países (el 35% de EEUU y el 20% de Canadá), para el 2014 los datos no tuvieron una variación importante: hubo una concentración de la IED en el sector de recursos naturales del 68%, con una participación de Canadá con un 30% (ANDES 2015). De ahí que “Ecuador no ha sido un destino atractivo para las inversiones distintas a las vinculadas al sector petrolero” (Valencia 2006, 37) y las inversiones de este sector, al que se puso especial interés, no requirieron de la mano de obra local, del mercado interno, del acceso al sistema financiero, ni de la infraestructura interna, sin otorgarle al país beneficios extra económicos.

Por otro lado, la estructura institucional y organizativa generada a partir de una normativa descentralizadora, privatizante y minimizadora del rol de Estado en la economía, no ha sido un puntal positivo en la construcción de una política estatal de inversiones en el largo plazo, tanto en la atracción de flujos como en la regulación, sino todo lo contrario. Ecuador y Bolivia han sido con certeza los países con mayor volatilidad política en la región desde el auge neoliberal en las décadas de 1990 y 2000. “Ecuador tuvo 9 gobiernos entre 1996 y 2006, y una rotación de 7.7 ministros por cartera entre 1998 y 2000” (41), hechos que no han aportado a la consolidación de un equipo de funcionario alineados con una estrategia estatal. Por otro lado, como consecuencia de la dolarización, de una coyuntura favorable a partir del año 2000

con altos precios de petróleo y elevadas remesas de los migrantes se ha logrado atenuar la histórica volatilidad económica del Ecuador y sobrellevar una crisis institucional y organizativa que se subordinó a los gobiernos de turno y a las corrientes internacionales que en la época sobre todo defendían la desregulación y la consecución de acuerdos internacionales (41-42).

Ecuador había establecido hasta 2006 un marco regulatorio beneficioso para la inversión extranjera, que posiblemente fuera superior a otros países de la región, ya que ofrecía *trato nacional* con pocas excepciones y un régimen tributario con una tasa de impuesto a la renta del 25%, la cual además servía de crédito fiscal de la alícuota sobre remesa de dividendos, haciendo que este último fuera nulo. Con el objetivo de incrementar la inversión extranjera directa no petrolera de \$1.000 millones de dólares acumulados en 2000 a US\$ 7.000 millones en 2010, el COMEXI aprueba el Plan Nacional de Promoción de Inversiones no Petroleras 2001-2010, medida que tuvo los efectos deseados, puesto que de 2000 a 2010 se registró una inversión acumulada de US\$ 7.030,77 millones sin llegar a ser un valor significativo para la economía ecuatoriana (Banco Central del Ecuador 2014).

Si bien el marco regulatorio de Ecuador presentaba ventajas comparables, en la región, solamente con Chile, el aparato institucional no siguió la misma lógica, más bien experimentó graves vacíos sobre todo en lo relacionado a la estabilidad de políticas y al imperio de la ley, temas estrechamente relacionados con la eficiencia de la burocracia. El MICIP, organismo gubernamental llamado a proponer políticas de inversión, supervisar la ejecución de las mismas y coordinar con los entes públicos y privados involucrados, hasta 2006, no tenía ni siquiera un departamento técnico que se encargue de estos temas aduciendo que CORPEI debía ser el organismo encargado, el cual tenía la exigencia, por mandato, la promoción de las inversiones.

El Ministerio de Economía tampoco realizó ningún esfuerzo en torno a este tema. A pesar de que existiera el PNPI de 2001, no se tomó ninguna medida para respaldarlo, convirtiéndose al 2006 en uno de los países de la región que menos invirtió en la promoción de IED, solo comparable con Paraguay (Valencia 2006, 47-49). Al 2014, los datos no demuestran mayor variación, ya que Ecuador solo recibió mayores flujos de IED que Venezuela, Paraguay y Bolivia (países que individualmente no superaron los US\$ 700 millones anuales) (CEPAL 2015, 10).

El esquema de incentivos para la IED estaba compuesto hasta 2006, por los regímenes de maquilas y zonas francas, por los créditos del BNF y CFN, por el

apoyo del FUNDACYT (SENACYT) en investigación y desarrollo y la Ley de Beneficios Tributarios de 2005, la cual solamente sirvió para que las empresas transnacionales transfirieran de forma gratuita la caja fiscal ecuatoriana a la caja fiscal de su país de origen evitando pagar el impuesto a la renta en Ecuador, tema que además no se reguló por los 12 convenios bilaterales suscritos por Ecuador para evitar la doble tributación.

En medio de este escenario, entre 1995 y 2002 se lleva a cabo la negociación por parte de Ecuador de 21 de los 26 acuerdos internacionales de inversión vigentes al 2008 con irregularidades que se asociaron principalmente a la falta de atención en los textos y análisis sobre sus beneficios y consecuencias para el país por parte de las funciones Ejecutiva y Legislativa de la época; puesto que se aprobaron en grupo, sin leer los convenios y sin proceder a los dos debates que exigía los procesos legislativos en aquel entonces (Mancero, com. pers.).

Desde 2007, se produce un cambio ideológico en el Ecuador y se realizan varios cambios en temas institucionales y organizativos además de cambios normativos, algunos ya descritos anteriormente. El principal cambio normativo se produce en diciembre de 2010, cuando se deja sin vigencia la Ley de Promoción y Garantía de inversiones, que estuvo vigente por 13 años y se da paso al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI)⁷, en correspondencia con la nueva Constitución política del Ecuador de 2008.

Este nuevo cuerpo legal que regula hasta la actualidad la inversión extranjera en el país, en concordancia con el Plan de Desarrollo, recoge el principio constitucional de *no discriminación* en el artículo 17, otorgándoles el mismo trato a inversionistas nacionales y extranjeros frente a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, dispone además en el artículo 19 los *derechos de los inversionistas* y establece en el artículo 25 la posibilidad de la firma de contratos de inversión, que fija las condiciones para el tratamiento de su inversión.

En los artículos 25 y 26, se dispone que por medio de la suscripción de estos contratos, cuyo plazo de duración es de 15 años, a partir del día de su celebración, se otorga los incentivos para las nuevas inversiones. Los incentivos planteados en el Código de la Producción se clasifican en cinco tipos: general, sectoriales, específicos para la innovación, exportación y producción verde, para la mejora productiva de las

⁷ Publicado en el Registro Oficial No. 351 del 29 de diciembre de 2010.

MIPYMES y para el desarrollo territorial. Entre ellos destaca que Ecuador continúa ofreciendo la tasa de impuesto a la renta más baja de la región y la exoneración de pago del Anticipo Mínimo del Impuesto a la Renta por 5 años, para las nuevas empresas que se constituyan en el país (Asamblea Nacional del Ecuador 2010, 7-9).

Luego, por medio de la Ley de Alianzas Público Privadas y Fomento de la Inversión Extranjera de 2015 se realizan varias reformas al Código de Producción, a la Ley orgánica de Régimen Tributario Interno, a la Ley reformativa para la Equidad Tributaria del Ecuador, entre otros cuerpos normativos. Al primero se le incluye la consideración de que el concepto de inversión abarca la ejecución de proyectos públicos bajo la modalidad de asociación, con exenciones al impuesto a la renta, al impuesto a la salida de divisas, a tributos de comercio exterior así como la devolución del IVA. En el segundo documento se definió que la exoneración del pago al Impuesto a la Renta es de 10 años, a partir del primer ejercicio fiscal en el que se genere ingresos operacionales; además, están exentos los dividendos y utilidades de las sociedades que se constituyan en Ecuador para el desarrollo de proyectos públicos. Por su parte, en el tercero se establece, entre otros puntos que las transferencias realizadas al exterior de hasta US\$ 1.000 están exentas del impuesto a la salida de divisas (Asamblea Nacional del Ecuador 2015, 12-20).

En cuanto a la estructura institucional, se les ha otorga a ciertas instituciones públicas responsabilidades nuevas en cuanto a la regulación de inversiones en el país; ese es caso particular del Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad (MCPEC), al cual, por medio del Acuerdo Ministerial 27⁸ del 23 de septiembre se le ha encomendado la misión de:

Facilitar el desarrollo empresarial integral que permita a Ecuador ser referente regional en clima de negocios, atracción de inversiones y facilidad para hacer negocios, mediante el diseño, supervisión y articulación de políticas públicas y programas para el fortalecimiento del clima de negocios e inversión en el país y el seguimiento a los inversionistas interesados en el país (Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad 2014b, 24)

Adicionalmente, se han creado nuevos organismos para apoyar a la nueva normativa vigente. A finales del año 2010, se crea el Instituto de Promoción de Exportaciones e Inversiones (PROECUADOR), institución pública a la que le fue asignada las labores que antes le correspondían a la CORPEI. Por medio del artículo

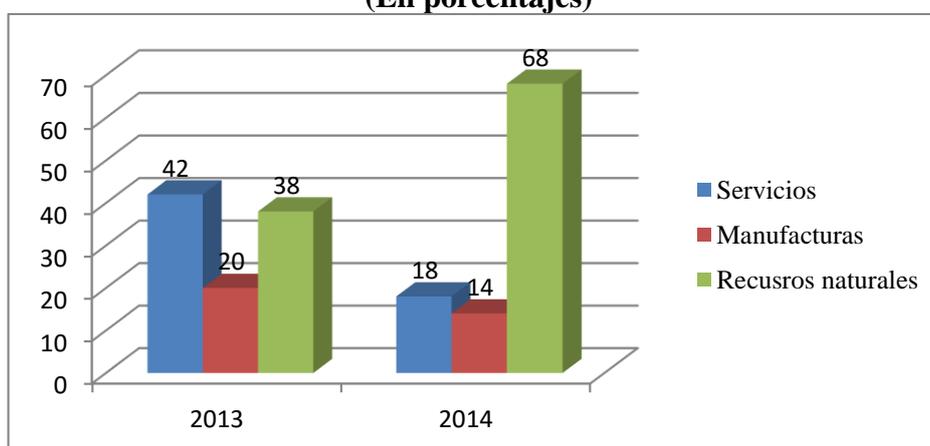
⁸ Reemplazó al Decreto Ejecutivo No. 195 publicado en el Registro Oficial Suplemento No. 111 del 19 de enero de 2010.

27 del COPCI se crea, en cambio, el Comité de Comercio Exterior (COMEX) para reemplazar al COMEXI con nuevas atribuciones, las cuales están vigentes hasta el día de hoy. Este nuevo organismo está presidido desde el 2011 por el MCPEC, que tiene la facultad de nombrar a su Secretario Técnico (COMEX 2014).

A pesar de los cambios normativos e institucionales que se realizaban en el país, en 2012, de acuerdo con los datos del Banco Central, Ecuador recibió una IED de US\$ 587 millones, un 8% menos que en 2011 cuando fue de US\$ 639 millones (Cámara de Comercio de Quito 2013, 4). De ahí que el Gobierno anunciara la puesta en marcha del Proyecto de Promoción y Atracción de Inversiones a cargo del Ministerio de Comercio Exterior e Integración Económica, creado por medio del Decreto Ejecutivo No. 25 del 12 de junio de 2013.

En 2013, Ecuador recibió US\$ 703 millones, valor que fue un 20% más que en 2012 y una de las cifras más altas de la última década (CEPAL 2013, 41), asimismo la distribución sectorial de la IED que ingresó al país en 2013 se dirigió en 42% al sector de servicios, mientras que el sector de recursos naturales no recibió más del 38%. Por otra parte, en 2014 la IED en el país creció en 6% con respecto al año anterior y dos tercios del total se dirigieron al sector de recursos naturales, como se observa en el siguiente gráfico.

Gráfico 2.
Distribución sectorial de la IED en Ecuador 2013-2014
(En porcentajes)



Fuente: CEPAL, Andes, El Comercio

Elaboración: Santiago Núñez

4.3.1 Revisión de la estructura institucional, organizativa y normativa del Ecuador frente a los procesos de demanda en contra de Ecuador en materia de inversiones.

Ecuador ha sido demandado en base a los TBI firmados en 24 ocasiones (Mancero 2015, 7); las demandas planteadas han venido de Estados Unidos (en 17 casos), de Canadá (en 3 casos), España (1 caso), Francia (1), Bolivia (1), Argentina (1). Mientras que la mayoría de las empresas demandantes han operado en el sector de hidrocarburos (57%); las otras áreas donde han operado la mayor parte de las empresas demandantes incluyen el suministro de electricidad (18%) y la minería (11%) (11). El período en que dichas demandas fueron entabladas, coincide con el cambio en la política gubernamental, que se orientó a la recuperación de la soberanía sobre sus recursos naturales en el año 2006, anteriormente descrito. A continuación se presenta una tabla sobre la clasificación de las 22 empresas que han presentado demandas sobre inversiones en contra de Ecuador hasta 2014, (20) con base en TBI y (2) en contratos.

Tabla 2.
Clasificación de empresas y casos de demandas presentadas contra Ecuador

Sector / Actividad	Nº Empresas	Nº Casos	Ubicación / Área influencia	Situación conflicto
Hidrocarburos	10	16		
Explotación, exportación petróleo	9	15	Amazonía / Bloques concesionados	6 Abiertos 9 Concluidos
Refinería	1	1	Esmeraldas / Obra	Concluido
Energía eléctrica	5	5		
Infraestructura	1	1	El Oro / Machala	Concluido
Adquisiciones	1	1	Nacional	Concluido
Prestación servicios	3	3	Guayaquil / Pichincha	3 Concluidos
Minería	3	3		
Concesiones	3	3	Napo / Zamora / Imbabura	3 Abiertos
Otros	4	4		
Infraestructura	1	1	Pichincha / DM Quito	Concluido
Oferta bienes y servicios	3	3	Nacional / Otros	1 Abiertos 3 Concluidos
TOTAL CASOS	22	28		10 Abiertos 18 Concluidos

Casos con TBI	20	24		10 Abiertos 14 Concluidos
Casos con Contrato	2	4		4 Concluidos

Fuente: Procuraduría General del Estado.

Elaboración: CAITISA.

A diciembre de 2014, se constataron 14 casos cerrados y 10 abiertos en diferentes tribunales con base en TBI. Entre los casos que estaban abiertos constan las demandas de Occidental Petroleum, Chevron II, Chevron III, Burlington, Perenco, Murphy, Cooper Mesa, Zamora Gold, RSM y Merck; es decir, Ecuador se encuentra litigando en 10 arbitrajes, cuyas cuantías en total, sobrepasan los US\$ 11.000 millones considerando que en los casos de RSM Corporation y de Zamora Gold no ha sido posible identificar el monto de su cuantía. Hasta diciembre de 2014, del total de las empresas involucradas, solamente 1 ha iniciado el proceso por violación al TBI de Ecuador con Francia (Perenco), y 2 al TBI con Canadá (Cooper Mesa y Zamora Gold), las demás lo han hecho por violación al TBI con Estados Unidos (PGE 2014, 1-29). Sin embargo, a marzo de 2016 se conoció que se dieron por terminado dos casos de arbitraje (Occidental Petroleum por la emisión de laudo final en el que se determina que Ecuador deberá pagar US\$ 1.061,7 millones, y Chevron II, del que se espera ejecución de laudo favorable a Chevron en \$96 millones) dejando como resultado ocho casos abiertos que se dirimen en los siguientes tribunales arbitrales:

Tabla 3.
Tribunales arbitrales por casos abiertos que enfrenta Ecuador

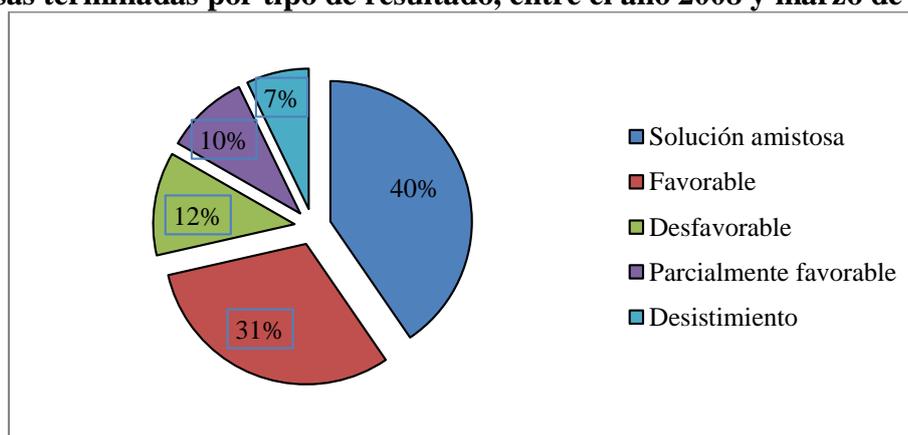
Caso	Tribunal Arbitral
Chevron III	CNUDMI
Burlington	CIADI
Perenco	CIADI
Murphy	CIADI
Cooper Mesa	CNUDMI
Zamora Gold	CNUDMI
RSM	CNUDMI
Merck	CNUDMI

Fuente: Procuraduría General del Estado.

Elaboración: Santiago Núñez.

Por otro lado, de las 42 causas terminadas desde el año 2008 hasta marzo de 2016 se presentan los siguientes datos, diferenciados por el tipo de resultado que Ecuador obtuvo en cada caso:

Gráfico 3.
Causas terminadas por tipo de resultado, entre el año 2008 y marzo de 2016



Fuente: Procuraduría General del Estado.
Elaboración: Santiago Núñez.

En el gráfico precedente, se observa que el Estado ecuatoriano pudo resolver 17 casos por solución amistosa, 13 con decisiones favorables, 4 con decisiones parcialmente favorables, 5 con decisiones desfavorables y 3 con desistimientos (PGE 2016).

Hasta junio de 2015, el Estado ecuatoriano ha hecho pagos a inversores por una cantidad aproximada de US\$ 174.9 millones, en razón de cuatro demandas ante tribunales internacionales en base a TBI (IBM, Occidental Petroleum I, Duke Energy, Noble Energy & Machala). También se conoce del pago de US\$ 18.5 millones a la empresa CGC, para dar término a la amenaza de demanda en base al TBI. De este modo, el monto total conocido que ha pagado el Estado a inversores asciende a: US\$ 193.4 millones (CAITISA 2015, 15).

Por motivo de las demandas implantadas en contra de Ecuador, el gobierno ha tenido que conformar un equipo legal para su defensa, el cual está encabezado por la Procuraduría General del Estado. Entre 2003 y 2013, el Estado ecuatoriano ha tenido que desembolsar un total de US\$ 156 millones aproximadamente, por el pago de bufetes de abogados y otros gastos del arbitraje. De este monto, US\$ 11.5 millones se gastaron en concepto de honorarios y costos del Tribunal; mientras que cerca de US\$ 144.5 millones por el concepto de honorarios y gastos de los bufetes de abogados representantes del Estado (15).

A partir de la entrada en vigencia del COPCI, Ecuador le ha dado un giro a la manera en que se resuelven las controversias que se presenten en el marco de los contratos de inversión con inversionistas extranjeros, ya que se dispone que de

presentarse alguna se debe, en primera instancia, agotar completamente la vía administrativa e intentar establecer el diálogo durante 60 días (Asamblea Nacional del Ecuador 2010, 9). De no ser así, se participará de una instancia de mediación obligatoria dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inicio de negociaciones, para finalmente dar paso al arbitraje nacional o *arbitraje internacional* (Corte de la Haya con sede en Chile), excepto para asuntos tributarios. De no presentarse una solución en los seis meses posteriores, el artículo 27 del COPCI establece que se pondrán en conocimiento de la justicia ordinaria nacional. Sin embargo, son cuatro los pilares que continúan siendo esenciales para la protección de inversiones en el país: trato justo y equitativo, libertad de transferencia, prohibición de expropiación y arbitraje internacional (Gaibor 2013, 5).

Como se ha observado en las líneas precedentes, Ecuador ha realizado cambios significativos en su normativa e institucionalidad interna frente a la regulación y promoción de inversiones. Dichos cambios se han implementado en el contexto histórico de una mayor participación bilateral del país en cuanto a la negociación internacional de acuerdos de inversión que han dejado de legado varios litigios por resolver.

Para el autor, el bilateralismo continúa imponiéndose como la vía moderna para la negociación de acuerdos internacionales de inversión y reforma. Es a través del bilateralismo que Ecuador tiene la ocasión de plantear mejoras en el régimen y mejorar su posicionamiento frente a las transnacionales, considerando que el multilateralismo no se ha consolidado como una vía factible actualmente en el corto plazo. Todo esto, en medio de un pragmatismo comercial que ha tocado a todos los gobiernos de turno, desde la década de 1990, en el escenario de una nueva visión gubernamental que lleva más de 8 años dirigiendo el país y sobre todo, en medio de una corriente global que ha marcado una tendencia en la última década, de contraposición al régimen internacional de acuerdos de inversión y al sistema de solución de controversias, de la cual Ecuador forma parte.

A criterio del autor, si bien existe una política estatal de inversiones, consagrada en los cuerpos legales y normativos creados y reformados en el marco de la Constitución política del Ecuador de 2008, las actividades y procedimientos modernos adoptados son más bien una consecuencia de las tendencias globales y regionales, que de una estrategia conjunta de los entes gubernamentales que tratan la materia planificada en el largo plazo.

Las medidas adoptadas, en la mayoría de casos pragmáticas, han significado avances hacia la instauración de un régimen internacional de acuerdos de inversiones menos favorable para las transnacionales y mayormente beneficioso para los Estados y sus fines, entre ellos: el respeto a sus ordenamientos jurídicos internos, respeto a las reglamentaciones sobre los derechos humanos, a su capacidad de emitir normas y políticas públicas de forma soberana. De ahí, que se esté logrando equilibrar la relación Inversionista-Estado de tal forma en que exista una verdadera relación de reciprocidad.

A largo de este capítulo se ha realizado una retrospectiva de la participación de Ecuador frente a los acontecimientos internacionales en materia de negociación de acuerdos de inversión y regulación de inversiones. A criterio del autor, si bien se han nombrado principios favorables a la empresa, la intención ha sido resaltar los avances internos y externos que se han dado en favor de los intereses de los Estados, con el fin de que Ecuador los recoja y los tenga como referencia en los procesos próximos de negociación sobre acuerdos de inversión.

Capítulo tercero

Lineamientos necesarios para la construcción de una estrategia ecuatoriana para la negociación de acuerdos internacionales de inversión

Si bien los cambios implementados en la normativa interna y en la estructura institucional del Ecuador entre 2007 y 2014 han sido consagrados en varios cuerpos legales conformando las nuevas directrices para la regulación y atracción de inversión extranjera en el país, sirven nuevamente más a una posición ideológica del nuevo régimen político que a la política estatal de inversiones. En la práctica, la postura ecuatoriana continúa moldeándose en una esfera de pragmatismo comercial y económico. De ahí que se hace imperante plantear lineamientos que propicien la consolidación de una política estatal clara sobre inversiones que se erija a partir una estrategia fundamentada en el análisis de los puntos críticos de procesos anteriores y se instituya de forma sostenible en el largo plazo por sobre las posturas propias de los gobiernos transitorios. En este capítulo, ante la coyuntura internacional y local en materia de promoción y regulación de inversiones, se intenta ofrecer algunos planteamientos críticos que aporten criterios para la construcción de dicha estrategia en beneficios del afianzamiento de la política estatal correspondiente.

5. Factores externos que influyen en la construcción de una estrategia propia por parte de Ecuador

En las dos últimas décadas, un conjunto de circunstancias asociadas a la regulación de la IED (la imposibilidad de tomar decisiones propias y soberanas por parte de los Estados, el incremento de controversias y de demandas internacionales desfavorables para sus intereses, entre otras) han incidido para que varios países, principalmente PED, cambien su postura frente a las políticas aperturistas en materia de inversiones y procuren estrategias de empoderamiento frente a la reforma del RAI; de esta manera, configurando un escenario internacional caracterizado por una parte, por varios PED que a nivel regional han ejecutado cambios paradigmáticos en sus estructuras internas, que han adoptado una posición de alejamiento frente a la integración abierta, y que han ejecutado medidas de protección a sus recursos

naturales y a sus sectores estratégicos en detrimento de los intereses de las transnacionales; y por otro, a nivel más global, por el ascenso de los BRICS y su respaldo a las alternativas que promueven el multipolarismo, hecho que se ha alineado con la inconformidad de los PED respecto al sistema actual y la necesidad de revisar y reformar el sistema.

Es así como, la coyuntura internacional se ha revelado como un factor clave para los fines de los países, que han encontrado en una política exterior de alianzas, de coordinación y de bloques la mejor forma práctica para cuestionar entre otros puntos, el andamiaje legal que sostiene los derechos de las empresas por sobre los de los Estados, el cual se ha implantado en ellos como puntal de la atracción de inversiones, a consecuencia de la instauración de preceptos neoliberales que fueron parte de un proyecto social, ideológico y político (con más de 4.000 TBI existentes) extendido a nivel global desde la década de 1970 pero que en ocasión de la Gran Recesión Económica de 2008-2015 (término utilizado por Joseph Stiglitz en su libro *Caída Libre* de 2010 para ilustrar la manera en que se llegó a ella) se han deslegitimado desestabilizando la hegemonía del neoliberalismo y sus mecanismos de permanencia.

Dicho empoderamiento referido, se define como un medio por el cual los sujetos de Derecho Internacional menos poderosos mejoran su capacidad de influir y participar en las decisiones políticas que afectan directa o indirectamente su accionar internacional (Garba 1999, 130). Además, tiene dos dimensiones: una estática y una dinámica. La primera se refiere a la noción de que el PED tenga una voz efectiva en los procesos de negociación internacional, es decir que realmente pueda influir en el proceso para llegar a un acuerdo, y la segunda, se refiere al proceso *per se*, de desarrollar las capacidades individuales para participar efectivamente en la toma e implementación de decisiones que afecten directa e indirectamente al *status quo* (130-131).

De ahí que se hayan desarrollado ciertas estrategias de empoderamiento que les permitirán a los PED disminuir la brecha en las relaciones de poder con los PD respecto a la transformación del RAI, las que se describen a continuación y guardan estrecha relación con las cinco vías⁹ recomendadas de la UNCTAD:

⁹ a) la promoción de medios alternativos de solución de controversias, b) la adaptación del sistema vigente, c) la limitación del acceso de los inversores a la Solución de Controversias entre Inversores y Estado (SCIE), d) la introducción de un mecanismo de apelación, e) la creación de un tribunal

- Iniciar un proceso de *apartamiento*, es decir denunciar los compromisos internacionales relacionados con las inversiones, como paso previo para avanzar hacia las dos siguientes estrategias.
- Ir hacia *ajustes selectivos*, es decir introducir cambios selectivos de manera no vinculante como lo pueden ser: incorporar una dimensión de desarrollo sostenible en los AII, negociar un nuevo equilibrio entre derechos y obligaciones (v. gr. sobre la responsabilidad social de las empresas), y cambiar aspectos concretos de la SCIE (v. gr. la rápida tramitación de las reclamaciones).
- Realizar una *reforma sistemática*, es decir diseñar compromisos internacionales relacionados con las inversiones que permitan: redactar AII proactivos orientados hacia el desarrollo sostenible (v.gr. fomentar la inversión productiva), reequilibrar de manera efectiva los derechos y obligaciones (v. gr. imponer más responsabilidades a los inversores), reformar el SCIE a través de la negociación internacional, y promover la coherencia entre los diferentes niveles de políticas de inversión y otras políticas públicas a nivel nacional y regional.

En este contexto, siguiendo la tendencia de los PED en la coyuntura internacional, Ecuador ha optado por un proceso de cambio en su política interna y externa en materia de inversiones extranjeras, a través de una estrategia de *apartamiento*, la cual se ha centrado en la denuncia de Tratados bilaterales de inversión, una actuación lícita, reconocida por el Derecho Internacional y contemplado en el texto de todos los TBI firmados por Ecuador. Mientras tanto y de forma paralela, Ecuador ha iniciado un proceso incipiente de *reforma sistemática* también, mediante: a) el diseño de nuevos compromisos internacionales que estén orientados a fomentar la inversión productiva de acuerdo a las necesidades del país y que protejan de forma *recíproca* los intereses nacionales y de los inversionistas, y b) las reformas al SCIE.

a) Alternativas para atraer la inversión y proteger los intereses nacionales y de los inversionistas

En el artículo 25 del COPCI se establece la posibilidad de firmar contratos de inversión por iniciativa del inversionista, cuyo tratamiento se regulará por las disposiciones del código y de su reglamento. Estos también denominados *Contratos*

internacional permanente para las cuestiones relativas a las inversiones en el marco de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (Ibíd., 2014, 6).

*de Estado*¹⁰, que están fundamentados en 3 pilares: la estabilidad, el reconocimiento de los derechos de los inversionistas, y el establecimiento de un mecanismo de solución de controversias. Estos instrumentos “otorgan estabilidad tributaria sobre los incentivos del COPCI para aquellos proyectos de inversión productiva, de más de US\$ 1 millón, mientras que para empresas cuyo monto de inversión es mayor a \$100 millones el contrato podrá otorgar estabilidad tributaria sobre el impuesto a la salida de divisas y otros impuestos directos” (Ministerio de Producción 2015, 1). Además, ofrecen la posibilidad de consagrar reglas concretas a manera de obligaciones del inversionista extranjero, en una situación de equilibrio de los derechos y obligaciones, y contemplan la opción de arbitraje internacional entre las partes de presentarse una controversia. (Ver proceso de suscripción en anexo 4)

Estos contratos, que desde el 1 de enero de 2012 hasta el 30 de julio de 2015, representaron un monto de US\$ 4.564 millones por motivo de los 44 contratos de inversión firmados (1) tienen la particularidad de brindar libertad de acción al Estado por cuanto la inversión deberá estar acorde con el ordenamiento jurídico nacional, sin que nada impida la modificación de condiciones en un contrato determinado con las reglas contenidas en los TBI. En estos nuevos contratos, no existe obstáculo legal interno o internacional que excluya la aplicación de normas y reglas de acuerdos vigentes. De ahí que la capacidad regulatoria del Estado se mantiene en cuanto a materia de recursos estratégicos, servicios públicos, y solución de diferencias con inversionistas extranjeros (CAITISA 2015).

Como se ha observado, a partir de la nueva reorganización del Estado emprendida desde el año 2008, se establecieron las reglas fundamentales en cuanto a la relación entre el inversionista extranjero y el Estado, comprendidas principalmente en el actual Código de la Producción (COPCI). En este sentido, con el objetivo de instituir un nuevo tratado de protección y promoción de inversiones extranjeras, que permita conservar las capacidades regulatorias del Estado a favor del interés público, así como establecer obligaciones para el inversionista extranjero respecto de su inversión y el ordenamiento jurídico nacional, y limitar la interpretación extensiva de las disposiciones del tratado y de la normativa nacional se ha planteado como una iniciativa aun no ejecutada la negociación de un nuevo *Tratado alternativo de promoción de inversiones* más conocido como el Convenio de Inversiones para el

¹⁰ Contrato celebrado entre el Estado, o una entidad, institución u órgano del Estado, y un nacional extranjero o una persona jurídica de nacionalidad extranjera.

Desarrollo (CID), el que vendría a ser un nuevo cuerpo legal marco que regularía la inversión extranjera en el país con los Estados firmantes y que, en el caso de que existiera Tratados bilaterales de inversión suscritos y ratificados por parte de Ecuador con algún Estado, vendría a reemplazarlos.

b) Reformas al Sistema de solución de controversias Inversionista – Estado

Entre los aspectos más criticados del sistema actual de inversiones destacan:

- El conflicto de intereses de los árbitros,
- el sesgo comercial del sistema de arbitraje,
- el arbitraje ad-hoc sin garantías institucionales de imparcialidad e independencia,
- y la falta de instancias adecuadas de recusación y apelación, ya denunciados hace varios años por la procuraduría general del Estado ecuatoriano (García 2013, 3).

Todos estos problemas del sistema actual de solución de controversias inversionista–Estado, que se instauró como parte del ordenamiento jurídico nacional, y que fue instituido en concordancia con las disposiciones de los tratados bilaterales internacionales firmados y que ha causado graves perjuicios económicos para Ecuador, a través de laudos dictados con fundamentos tendenciosos.

El caso más representativo es el de la empresa Occidental Petroleum, en el que se impuso en 2012 una sanción al Estado ecuatoriano de US\$ 1.770 millones, aun cuando el Tribunal que trató el caso reconociera que la empresa estadounidense violó los términos del contrato y la Ley ecuatoriana. De forma parcializada, este Tribunal, que en primera instancia se declaró competente para tratar el caso a pesar de que la caducidad del contrato no era materia arbitrable sino impugnabile solamente en las cortes ecuatorianas, argumentó su laudo en contra del Ecuador basándose en que la caducidad del contrato fue una medida exagerada en contra de Occidental Petroleum haciéndola equivaler como una expropiación sin compensación; situación ante la cual uno de los árbitros (Brigitte Stern) emitiera un voto disidente reconociendo un atropello jurídico en contra del país (Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana 2013, 2).

En este contexto, las propuestas de Ecuador desde 2013 para la reforma del sistema de solución de diferencias, se han concentrado en dos frentes: en la fijación de políticas claras por parte de los Estados para la negociación de TBI, acuerdos internacionales y contratos, así como en la creación de un mecanismo para la

revisión y apelación de laudos. Por un lado, las disposiciones contenidas en los contratos o TBI deben reducir el margen de interpretación de las partes y abordar temas críticos; por ejemplo, en las cláusulas de solución de controversias es pertinente establecer reglas procesales y aspectos sustantivos que las partes consideren necesarios, tales como honorarios arbitrales, limitaciones para el cálculo de indemnizaciones, entre otros. Por otra parte, con respecto al mecanismo de revisión y apelación, la Procuraduría sugiere que todos los acuerdos deberían contemplar la creación de dicho mecanismo, tal como lo hicieron ciertos tratados bilaterales como el DR-CAFTA y el TLC Ecuador-Chile (García 2013, 10).

Sin embargo, sobre la creación de este nuevo mecanismo para revisión y apelación de los laudos es necesario reflexionar sobre su utilidad y pertinencia, considerando que en algunos espacios ya se ha propuesto implementar y es objeto de varias críticas. Ese es el caso particular del ATCI, en el que la Unión Europea ha presentado a los Estados Unidos de América una propuesta que incluye el establecimiento de un nuevo sistema de solución de diferencias (Sistema de Tribunales de Inversiones) y la creación de un mecanismo de apelación que se refiere a la conformación de dos salas: una de instancia y otra de apelación (Comisión Europea 2015, 1-3).

Al respecto, la oposición ha provenido de organizaciones ciudadanas y del propio Parlamento Europeo, quienes han contribuido en el debate para la realización de la propuesta final. En su artículo, Hernández explica que se ha criticado el hecho de que la Carta de La Habana ya establecía que el mecanismo de solución de diferencias no se agotaba en la Organización Internacional del Comercio, puesto que preveía un recurso posterior en la Corte Internacional de Justicia; y que por ende, sería más lógico establecer la segunda instancia en la Corte y no en un nuevo tribunal de arbitraje (2015). En resumen, ha existido una marcada contraposición a dicha reforma por parte de los PD, lo que marca un precedente a tener en cuenta para iniciativas similares y que a criterio del autor no sería útil para los intereses del país, puesto que significaría mayores costos y tiempo del proceso, como se explica más adelante.

A pesar de las acciones propuestas, la normativa interna del Ecuador (Código de Producción y los contratos de Estado en materia de inversión) aún contempla reglas que reflejan los mismos estándares de protección a las inversiones que los TBI, incluyendo la transferencia de jurisdicción a tribunales arbitrales

internacionales (incluso en el nuevo proyecto de Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público-Privadas, y la Inversión Extranjera de septiembre de 2015).

De ahí que una tarea pendiente es la inclusión, ya sea en los contratos de inversión, en los tratados de promoción de inversión alternativos o en los TBI renegociados, requisitos de desempeño de las empresas, así como obligaciones que permitan equilibrar la compra de sus insumos a proveedores nacionales con la importación de los mismos; que permitan también que nacionales participen en la dirección de la empresa inversora, que capitales locales tengan participación bajo diversas modalidades en las sociedades o corporaciones inversoras y que exista transferencia de conocimiento y tecnología.

En este sentido, como parte de la nueva coyuntura internacional, se ha revelado justamente el descontento de los PED con el actual sistema de controversias que se ha generalizado. De ahí que las decisiones locales parecen tener un eco internacional o pertenecer a una corriente global de reforma al sistema actual, la cual no solamente ha tenido el respaldo de varios países de los BRICS como Sudáfrica o Brasil, sino que ha llegado a despertar posturas de críticas en algunos PD como Alemania (Ver anexo 5).

Esta corriente a nivel regional ha despertado iniciativas endógenas, como la construcción de un nuevo sistema de solución de controversias en materia de inversiones, la que ha tenido aceptación en el seno de la UNASUR. En la búsqueda de un sistema que no vulnere las decisiones soberanas de los Estados y que brinde seguridad tanto a los inversores como a los Estados receptores de la inversión, se ha dado inicio a las gestiones pertinentes para la consecución del acuerdo constitutivo de dicho centro, el cual hasta inicios de 2015 continúa a la espera de la decisión soberana de los Estados por adscribirse. De ahí que siga siendo una propuesta, al término de la XI reunión del grupo de trabajo de expertos de alto nivel de solución de controversias en materia de inversiones de UNASUR, realizada el 26 de septiembre de 2014, en la cual se coincidió en que más allá de crear un centro de arbitraje que emita laudos el objetivo del mecanismo es resolver el conflicto por medio de la conciliación y la facilitación (Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador 2014).

Al tratarse de arbitrajes internacionales en los que los Estados intervienen como entidades públicas y en los que se tratan temas de interés público por cuanto los montos a pagarse por motivos de defensa, así como por las posibles indemnizaciones que los Estados deben asumir provienen de los impuestos y

contribuciones aportadas por toda la sociedad, se ha reclamado desde el Ecuador una mayor transparencia en el sistema, con el fin de que las controversias no sean reservadas y tampoco sean de conocimiento exclusivo de las partes en litigio. Estos cuestionamientos sobre transparencia se respaldan y tienen su asidero legal en dos cuerpos normativos aceptados a nivel internacional: en la Convención de Naciones Unidas sobre Transparencia en Arbitraje Inversionista-Estado y en las Directrices de Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional de la IBA 2014.

Con respecto al primero, se aprobó en diciembre de 2014 por la Asamblea General de las Naciones Unidas (AGNU). La Convención extiende la aplicación de las reglas de transparencia en arbitraje Inversionista-Estado de la CNUDMI. Las reglas de transparencia aplican a arbitrajes de inversiones que se desarrollan bajo reglas de arbitraje CNUDMI cuando se fundamentan en tratados de inversiones celebrados después del 1 de abril de 2014 o, después de esta fecha, cuando las partes del tratado o de la controversia acuerdan su implementación.

Podrán aplicarse también de forma opcional cuando se desarrolle el arbitraje de inversiones bajo otras reglas que no sean CNUDMI.

Por otra parte, con respecto al segundo, la Asociación Internacional de Abogados (International Bar Association) actualizó en 2014 sus Directrices de Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional de 2004, incluyendo el arbitraje de inversiones, que se utiliza por las instituciones de arbitraje y cortes internacionales para decidir con respecto a los pedidos de recusación de árbitros. Los cambios buscan preservar la integridad, transparencia e igualdad de los procesos arbitrales y que tengan mayor certitud.

Entre los cambios más relevantes se incluyen exenciones previas de las partes al arbitraje, declaraciones de los árbitros con respecto a posibles conflictos de interés en el futuro. Si bien se mantienen en las Directrices la lista roja, naranja y verde, en las cuales se enlista aquellas circunstancias de conflictos de interés, en la última versión se incluye como un conflicto de interés irrenunciable para las partes, en la lista roja, que un árbitro tenga cargo de administrador, director o miembro de una junta de supervisión, o que tenga influencia de control respecto de una de las partes al arbitraje o de un tercero económicamente interesado en el laudo arbitral. En la lista naranja consta la situación en que dos árbitros o un árbitro y un abogado de una de las partes en el arbitraje han actuado juntos como abogados en los últimos tres años. Mientras que la lista verde consta de circunstancias en que no se requiere develación,

como el caso de una relación a través de redes sociales entre dos árbitros, un abogado de una de las partes al arbitraje o una de las partes (Consejo de la International Bar Association 2014, 23).

Si bien a nivel internacional se ha configurado una corriente generalizada de confrontación y reforma al régimen internacional de acuerdos de inversión, el cual tiene como protagonistas a los PED, donde además resaltan los avances internacionales en aras de mejorar el SCIE, aún quedan desafíos internacionales por enfrentar, los que tendrán impacto en las políticas nacionales sobre regulación y promoción de inversiones.

5.1. Los desafíos en la construcción de un nuevo Régimen de Acuerdos Internacionales de Inversión.

La reforma de los acuerdos internacionales de inversión es inminente, incluso para el Secretario General de la UNCTAD, Mukhisa Kituyi, quien ha remarcado la necesidad de llevarla a cabo por medio de un enfoque sistémico e incluyente que implique un esfuerzo conjunto y multilateral con un alcance global. Para que el nuevo RAII brinde la estabilidad, claridad y previsibilidad que permita cumplir los objetivos de todas las partes interesadas, Kituyi ha resaltado la importancia de concertar un enfoque común, el cual parece constituirse en el desafío más importante del proceso de reforma; el mismo que se presenta en medio de una crisis de legitimidad del régimen actual, caracterizada por una exacerbada fragmentación de las partes conformantes que ha llevado a la separación y apartamiento del mismo (UNCTAD 2015).

Las circunstancias han reforzado los planteamientos de actores que históricamente no han tenido un alto poder de negociación, como los PED, y los han unido en una postura conjunta otorgándoles a su vez un mayor empoderamiento de ideas frente a los defensores del *status quo*, quienes por décadas han intentado sostener un sistema favorable al capital transnacional que les posicionó en un sitio privilegiado del sistema capitalista global. El reto detrás de lograr un enfoque común, es la resistencia de una parte del fragmentado régimen, opuesta a un cambio paradigmático, cuyo poder no es mínimo ya que como se ha señalado anteriormente, trasciende a las estructuras estatales, a las instituciones internacionales y a los foros

transnacionales, las cuales se han puesto al servicio de una clase transnacional respaldando sus acciones y comportamientos (Robinson 2005, 1-15)

El objetivo de una reforma más incluyente y respetuosa con las decisiones de los Estados corre el grave riesgo de no pasar de la retórica planteada a la práctica y de caer en una fragmentación aún mayor; en este contexto, aparecen retos secundarios de la reforma, asociados al principal ya esclarecido, los cuales han sido remarcados por la UNCTAD y se mencionan a continuación:

1) Salvaguardar el derecho a regular en pro del interés público, de manera que los límites que los acuerdos internacionales de inversión imponen a la soberanía de los Estados no restrinjan la formulación de las políticas públicas; 2) Reformar la solución de controversias sobre inversiones para hacer frente a la crisis de legitimidad del sistema actual, 3) Ampliar la promoción y facilitación de las inversiones en los acuerdos internacionales de inversión; 4) Garantizar una inversión responsable para maximizar los efectos positivos y minimizar los efectos negativos de la inversión extranjera; 5) aumentar la coherencia sistémica del régimen de acuerdos internacionales de inversión para subsanar las deficiencias y duplicaciones y establecer relaciones de inversión coherentes (UNCTAD 2015).

A esto se debe sumar los propios retos que enfrentan los PED a su interior, ya que si bien en una primera etapa de forma individual se han presentado sus experiencias, circunstancias y situaciones propias, el reto se enmarca en las estrategias que puedan estructurar para que sus demandas sean recogidas y no sucumban ante proposiciones que sirvan a intereses propios relegando el bien común a decisiones pragmáticas. De ahí que el reto a nivel individual se remita por un lado, a la capacidad del decisor político de discernir en el contexto mundial, regional y nacional en el que se encuentra el PED para que su posición sea coherente y coincidente con los objetivos comunes, y por otro a la capacidad de los cuerpos negociadores de los PED por consolidar una estrategia de empoderamiento de bloque, por medio del consenso, en forma de una verdadera alianza, ya que de continuar con una visión bilateral, el pragmatismo con el que se ha actuado seguramente marcará el destino propio de cada país seguramente con ventajas para el capital.

5.2. Los desafíos en la construcción de un nuevo sistema de Solución de Controversias

Observando que la reforma es una corriente global, que Ecuador ha demostrado ser uno de los críticos más abiertos y radicales del RAI, cuyas acciones de mejora planteadas a nivel interno han sido coincidentes con la coyuntura internacional actual, los planteamientos críticos del sistema de solución de controversias surgidos desde Ecuador no son ajenos a la tendencia global sobre su reforma; de hecho son nuevamente coincidentes. De ahí que los desafíos sobre la reconstrucción del sistema a nivel internacional estén estrechamente relacionados con los retos internos del país, por consolidar un sistema legítimamente aceptado por la comunidad internacional que brinde seguridad a las partes y que se convierta como un pilar fundamental de la política nacional de inversiones.

Al igual que Ecuador, la UNCTAD ha coincidido en que la transparencia del sistema de solución de controversias es uno de los puntos principales a reformar. Una muestra de ello, ha sido la conformación de un grupo de trabajo para la elaboración del Reglamento de la CNUDMI sobre transparencia en los arbitrajes entre inversionistas y Estados en el marco de un tratado; de hecho, como un evento anexo, se trató este tema en un panel específico como parte del último Foro mundial de Inversiones realizado en Ginebra. Es así como en el marco de la UNCTAD, se ha trabajado en un tratado multilateral de transparencia, el cual ha sido adscrito por 16 países, desde que se abrió para la firma desde marzo de 2015 en Port Louis (Mauricio) y que posteriormente se podrá hacerlo en Nueva York (Estados Unidos).

La Convención se encuentra a la espera de la correspondiente ratificación de todos los países para que pueda entrar en vigor en los seis meses posteriores a la adhesión; hasta octubre de 2015, falta la adhesión de 15 países, solamente Mauricio lo ha ratificado (UNCTAD 2015).

En el contexto de estas iniciativas internacionales y multilaterales, el desafío central se presenta en la adhesión de un mayor número de países que le otorguen credibilidad y fuerza a lineamientos de transparencia en procesos arbitrales establecidos en el Reglamento de la CNUDMI sobre transparencia de 2014. Si bien a nivel interno Ecuador ha ejecutado acciones para demandar mayor transparencia del sistema, anteriormente mencionadas, basándose justamente en la Convención de Naciones Unidas sobre transparencia en arbitraje Inversionista-Estado en el marco de

un tratado (2015) y en las Directrices de Conflictos de Interés en el Arbitraje Internacional de la IBA (2014), el país no ha suscrito la convención que respalda el Reglamento de la CNUDMI, que en términos generales, establece disposiciones que el país ha demandado, tales como: la publicación pública de documentos. En el artículo 3 se establecen aquellos que podrán ser dados a conocer de forma pública:

La notificación del arbitraje; la respuesta a la notificación del arbitraje; el escrito de demanda, el escrito de contestación y toda otra declaración o comunicación escritas de cualquiera de las partes litigantes; una lista de las pruebas; [...] todo escrito presentado por partes en el tratado que no son litigantes y por terceros; las transcripciones de las audiencias, cuando se disponga de ellas; y las órdenes procesales, decisiones y laudos del tribunal arbitral (CNUDMI 2014, 7).

Uno de los principales desafíos internacionales se enmarca entonces en la firma de esta convención multilateral de transparencia. Sin embargo, contextualizado en las negociaciones de dicha convención, el reto de Ecuador se centra en lograr adscribirse a ella, para que los lineamientos ya estipulados en la legislación interna puedan adquirir mayor legitimidad y coherencia.

Otro de los desafíos que emerge a nivel internacional, regional y local es el control de las acciones de las transnacionales en los territorios de los Estados. A partir de las gestiones emprendidas desde 2011, por movimientos sociales, redes, organizaciones y representantes de víctimas y comunidades afectadas por las acciones de las empresas transnacionales, se logró establecer los Principios rectores sobre las empresas y los derechos humanos (también conocidos como Principios Ruggie) y posteriormente lograr la negociación y firma de un acuerdo vinculante entre transnacionales y derechos humanos,¹¹ el cual se materializó en junio de 2014, cuando el Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas emitió la resolución 26/9 sobre la elaboración de dicho instrumento (CIDSE 2014, 1-2).

Por su parte, los Principios Ruggie establecieron que las transnacionales tengan que respetar no solo el ordenamiento jurídico interno de cada país sino también la normativa internacional sobre derechos humanos; mientras que la decisión de elaborar un documento vinculante dejó por sentada la intención de sancionar a las transnacionales que trasgredan derechos humanos en los territorios

¹¹ Denominado como el Tratado Internacional de los Pueblos para el control de las empresas transnacionales por los movimientos que han iniciado la campaña global denominada *Desmantalemos el Poder Corporativo y Pongamos fin a la Impunidad*.

donde operan. De ahí que el desafío sea incluir estos avances en las reformas del sistema de solución de controversias actual.

A nivel regional, específicamente en el seno de la UNASUR, estos avances sirvieron para proponer la creación de un centro de solución de controversias sobre inversiones y la creación del Observatorio del Sur, para asistir a los Estados con información y estadísticas sobre las inversiones que llegan a sus territorios y del accionar de las transnacionales, principalmente en lo relacionado con Derechos Humanos, temas que conforman el principal desafío actual a escala regional (Ministerio de Relaciones Exteriores del Ecuador 2014).

Si bien se han dado avances importantes respecto de la reforma del sistema de solución de controversias y se han develado los principales desafíos referentes al sistema de solución de controversias, quedan aún debates inconclusos sobre otros temas como la creación de una instancia de revisión y apelación de laudos, tal como la procuraduría general del Estado ecuatoriano ha sugerido. Al respecto, es necesario recordar algunas de las críticas realizadas sobre el arbitraje, principalmente con respecto a la imparcialidad de los árbitros, ya que plantear una nueva instancia de revisión y apelación de laudos, a criterio del autor, sería inoficiosa para los intereses de las partes.

Una nueva instancia en el actual sistema, generaría mayores costos para las partes y un mayor tiempo para finalizar el proceso. Además, las dudas ya planteadas en torno al sistema actual se exacerbarían, ya que se alargaría el proceso con los mismos actores, entre ellos los mismos árbitros, quienes han sido objeto de críticas por su accionar. Cecilia Olivet, en su libro denominado *Cuando la injusticia es negocio* expone de forma pormenorizada los vínculos existentes entre los árbitros que tratan temas de inversiones con los estudios jurídicos, empresas transnacionales y demás entidades que tienen intereses en el régimen internacional de inversiones. En su libro, Olivet explica que “solo 15 árbitros, casi todos ellos procedentes de Europa, los Estados Unidos o Canadá, han resuelto el 55% de todas las disputas conocidas en base a tratados de inversión, [...] la mayoría de estos árbitros de élite tienden a defender los derechos de inversores privados por encima del interés público” (2012, 8).

Basándose en este argumento sería vano y hasta improductivo para los intereses de los Estados apoyar la creación de una nueva instancia de revisión y apelación de laudos considerando que de por sí el arbitraje internacional de

inversiones puede ser nocivo para los intereses de los Estados, por los motivos señalados (en el punto 2.5 y a lo largo del capítulo 2), sobre todo en lo referente a transparencia en el arbitraje, imparcialidad de los árbitros y altos costos asumidos por las partes. A Ecuador, los arbitrajes internacionales en materia de inversiones, le ha dejado gastos que han superado los US\$ 1.350 millones, entre montos por pagar a empresas demandantes y a los bufetes de abogados que defienden al país.

De ahí que el nuevo desafío de los nuevos actores del sistema internacional: transnacionales, Estados, sociedad civil, organizaciones no gubernamentales, entre otros, se centre en defender los avances sobre la reforma del sistema de solución de controversias y dejar atrás su rol individualista. Ante la coyuntura actual, su rol debería enfocarse en: la búsqueda de transparencia, el cumplimiento de los principios consagrados sobre empresas y derechos humanos en la ejecución de proyectos de inversión, y la utilización de métodos alternativos de solución de controversias (como la negociación o conciliación) para evitar llegar al arbitraje y a otras instancias poco útiles para las partes.

6. Factores internos que influyen en la construcción de una estrategia de Ecuador frente a la regulación y promoción de la inversión extranjera

El clima interno de Ecuador en torno a la regulación y promoción de inversión extranjera tomó un rumbo diferente desde el año 2006, ya que la política gubernamental sobre inversiones se alineó con la nueva Constitución política del país aprobada en 2008, al Plan Nacional para el Buen Vivir (2007-2010, 2009-2013, 2013-2017) y al nuevo Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, cuerpos normativos que han reformado la legislación interna y han encausado las directrices de inversión hacia la protección de los intereses estatales en detrimento de los del mercado. Esta nueva estructura gubernamental ha determinado los avances del país en términos de institucionalidad y organización; los cuales, enfrentan retos importantes a tener en cuenta a la hora de consolidar una estrategia estatal frente a la regulación y promoción de la inversión extranjera que tiene como interrogante la negociación de reformas o de nuevos acuerdos internacionales de inversión.

Los lineamientos que se plantean a continuación tienen su base empírica en los puntos críticos de la institucionalidad, la organización y la seguridad jurídica actual, que se describen con el fin de vislumbrar los avances ya realizados hasta el

momento en esta materia y poder dirigir los próximos esfuerzos en una misma dirección.

6.1. Los puntos críticos en la institucionalidad, estructura organizacional, y seguridad jurídica del Ecuador frente a los procesos de regulación y promoción de la inversión extranjera.

Como legado de las ensombrecidas y poco conocidas negociaciones de los tratados internacionales de inversión firmados por Ecuador, queda una ínfima memoria institucional en lo referente a documentos, instituciones y personas involucradas en este y otros procesos vinculados. El escaso conocimiento de las implicaciones de los acuerdos y de las medidas internas que se adoptaron en coherencia con ellos contribuyó al hecho de que por un par de décadas Ecuador tuviera una débil estructura institucional y organizacional que atiende cuestiones referentes a inversiones. (Valencia 2006, 37-49)

Si bien fueron procesos que pertenecieron a otros ciclos políticos, cuyos resultados aún están latentes hasta el día de hoy, no condicen con un respaldo documental, que permita a la nueva institucionalidad partir desde una base histórica o a su vez desde el análisis de la misma. En consecuencia, este se convierte en el primer punto crítico, el cual ha sido develado por la labor de la SENPLADES y de su ente adscrito (CAITISA) enfocada en la revisión de las disposiciones de los TBI, del sistema de arbitraje actual y de las implicaciones de la inversión extranjera directa en el país.

Uno de los graves inconvenientes que informó la comisión al realizar la auditoría fue el mal estado y la inexistencia del archivo público de varias instituciones. Los técnicos de la comisión constataron desorganización en los archivos, cambio físico de los mismos, falta de digitalización de algunos documentos físicos antiguos y en ocasiones pérdida de información, lo que dio muestras de una falta de memoria institucional, que a su vez ha generado la pérdida de historia documental de la administración pública y el desconocimiento por parte de los actuales servidores públicos encargados de los archivos respecto de la información con la que contaban sus respectivas instituciones años atrás.

De ahí que estos hechos planteen la necesidad de lograr niveles más altos de profesionalización de la administración pública, tanto en lo referente a la

capacitación de servidores públicos que manejan archivos sensibles para el país como de quienes intervienen en procesos de negociación de instrumentos de interés estratégico como tratados o contratos internacionales de inversión con el objetivo de crear una memoria institucional conjunta que perdure en el largo plazo independientemente de los gobiernos transitorios que la generen (Mancero, com. pers.).

Si bien se han producido avances en la institucionalidad ecuatoriana en aras de atender efectivamente los requerimientos actuales del país en materia de regulación y promoción de inversiones, están contextualizados en esfuerzos individuales de organismos relativamente nuevos que tienen el reto de construir una memoria institucional conjunta y repositorios de información veraz que permita a los agentes involucrados tomar decisiones en base a un recorrido histórico y así continuar con iniciativas ya emprendidas o al menos tenerlas como referencia para construir nuevas sin duplicar esfuerzos ni información, aunque pocos pero han existido trabajos institucionales conjuntos, como la elaboración de un modelo de convenio para la promoción de inversiones para el desarrollo (CID) que funja como una alternativa a los documentos de los TBI firmados.

La construcción de este instrumento denota la postura de Ecuador por renegociar los tratados bilaterales de inversión que se han denunciado y de dar continuidad a una estrategia bilateral. Más allá de la denuncia, el objetivo institucional del gobierno ecuatoriano es la renegociación de estos convenios más no su eliminación. Lo mencionado se confirma por la Disposición Transitoria contenida en el convenio, la cual establece que “la entrada en vigor del presente Acuerdo sustituye en su totalidad al Tratado de Protección Recíproca de Inversiones suscrito por las Partes Contratantes” (PGE 2015,15).

La intención es tener mayores ventajas frente a las empresas transnacionales, de presentarse una controversia en materia de inversiones. De ahí que entre los términos del modelo de convenio CID a ser negociado, destacan los referentes a los del apartado II, relacionados con la solución de controversias entre un Inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión. Ahí, se estipula que “si los mecanismos amistosos y de mediación no hubiesen permitido la solución de la controversia, en el término de 6 meses, a partir del supuesto mencionado en el párrafo anterior, cualquiera de las partes podrá remitir la diferencia a 4 instancias” (11). Las instancias a las que se hace referencia son:

- a) Los tribunales competentes por la Parte Contratante.
- b) Arbitraje conformado en instancias regionales latinoamericanas.
- c) Arbitraje nacional o internacional.
- d) Arbitraje contemplado en un contrato de inversión (11).

Al respecto, se creó el Comité Consultivo Interinstitucional para el Análisis de los TBI y Convenios para evitar la doble tributación a través de la resolución No. 290 del COMEXI¹² con el fin, entre otros, de evaluar el impacto de los acuerdos vigentes y de proponer una política de Estado en dichas áreas. Este sería el antecedente a la expedición de la resolución No. 474 de la misma entidad,¹³ por medio de la que se designa al Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración como el organismo llamado a dirigir el proceso de la elaboración de un modelo de negociación de Acuerdos de Promoción de las Inversiones y a definir la hoja de ruta correspondiente, labor que ha recibido aportes de la PGE, SENPLADES, la Presidencia de la República, la Vicepresidencia de la República, MCPEC, MCPE y del Ministerio de Comercio Exterior, entidad que en 2013 asumió las funciones de coordinación de la elaboración del documento final (COMEX 2009).

Sin embargo, las conversaciones llegaron a su fin en noviembre de 2014, dejando por sentado una iniciativa incluyente. El documento final está en revisión por parte de las autoridades del Ministerio de Comercio Exterior, y a la espera de un aval político que permita finalizar el proceso de elaboración de este nuevo modelo. Homero Larrea, en comunicación personal con el autor, el 21 de diciembre de 2015 informó que “el seguimiento de dicho proceso se encuentra a cargo del Departamento de Negociaciones de Inversiones y Doble Tributación del Ministerio de Comercio Exterior, el cual dirige desde diciembre de 2015”.

En este contexto, más allá de la institucionalidad y de la estructura organizativa del país en términos generales, surge un reto específico asociado al reforzamiento del concepto de seguridad jurídica,¹⁴ el cual se centra en la emisión de disposiciones legales internas y en la suscripción de compromisos en materia de Derecho Internacional que permitan otorgar previsibilidad al sistema jurídico y legal sin que esto implique limitar las capacidades regulatorias del Estado.

Indiferentemente a la naturaleza de las medidas soberanas que se adopten, el

¹² Publicada en el Registro Oficial 487 del 22 de diciembre de 2004.

¹³ Expedida el 19 de febrero de 2009.

¹⁴ Entendido de acuerdo a Cesarini Sforza como una exigencia objetiva de regularidad estructural y funcional del sistema jurídico, a través de sus normas e instituciones.

concepto de seguridad jurídica se encuadra en la claridad de las medidas y su sostenibilidad en el largo plazo, de ahí que lo esencial es nuevamente establecer una visión conjunta y coherente con los planes de desarrollo del país en el largo plazo.

Al respecto, en base del Plan de Desarrollo para el Buen Vivir y del rol que puede desempeñar la IED en el cambio de la Matriz Productiva, se precisa la definición de una política específica de recepción de recursos externos bajo modalidad de inversión privada que complementen el financiamiento interno y la gestión productiva.

Un primer avance se lo ha dado a través de la Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público privadas y la inversión extranjera de octubre de 2015; sin embargo, con el fin de complementar la política en la protección de las áreas estratégicas, de derechos humanos y del patrimonio natural, es necesaria la expedición de una ley de gestión de la IED, que defina competencias y responsabilidades institucionales en procesos de calificación, selección y control, conforme a los objetivos de la planificación nacional, que además formule la gestión de registros y la generación de información estadística unificada y válida para múltiples propósitos, sobre todo para la toma de decisiones políticas (Larrea 2015).

Al gobierno ecuatoriano le llevará varios años quedar completamente libre de los compromisos asumidos en el contexto del actual SCIE, por motivo de la cláusula de *ultra actividad*. Para esta etapa de transición, y con la finalidad de minimizar las posibilidades de demandas (y amenazas de demandas) de inversores extranjeros ante tribunales arbitrales internacionales bajo las reglas CIADI o del Reglamento de la CNUDMI, el reto del país se enfoca en el fortalecimiento del sistema nacional de justicia a corto plazo, especialmente de sus funcionarios en materia civil y mercantil.

Sin embargo, en el largo plazo, es necesario la consolidación y encausamiento del aparataje estatal bajo políticas y directrices que garanticen la seguridad jurídica en todos los aspectos. Reforzar los cuerpos normativos existentes y profesionalizar a quienes los utilizan, entre ellos, jueces, asambleístas y funcionarios públicos en general, es necesario para mejorar la percepción de imparcialidad del sistema de justicia local y generar a su vez mayor transparencia en el manejo de la administración pública y evitar conflictos de interés.

Conclusiones

Las negociaciones internacionales de acuerdos de inversión se ha caracterizado por el bilateralismo, un mecanismo que se ha mantenido hasta el día de hoy y que se ha implantado en base al interés de los Países Desarrollados (PD) por no comprometerse con estándares extensivos frente a los Países en Desarrollo (PED), puesto que obtienen mayores beneficios aprovechando la vía bilateral. De ahí que se haya relegado las iniciativas multilaterales a un segundo plano.

La estrategia bilateral, defendida por los PD, así como el descontento y contraposición de otros países (de África, América Latina y Asia) frente al “establishment”, han estructurado el escenario actual del RAI. Por un lado, los PD aspiran a celebrar más acuerdos de inversión o a incrementar los niveles de exigencia de las cláusulas de protección de inversiones consagradas en los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI), y por otro, varios PED han optado por alejarse del régimen vigente. El G-77+China ha acogido una posición centrada en la búsqueda de un orden mundial más equilibrado, con una mayor cooperación sur-sur. Los BRICS han fundamentado su discurso en la profundización del multipolarismo; es decir, en la redistribución del poder y en la reforma del sistema de acuerdos internacionales de inversión.

A pesar de las divergencias, se han encontrado coincidencias en las posiciones de los PD, PED y BRICS, que concluyen en una inminente reforma del RAI y del SCIE. Las vías propuestas en el marco de la UNCTAD para dicha reforma son: 1) promover un mayor uso de la negociación, conciliación o mediación, 2) adaptar el sistema vigente, limitar el acceso de los inversionistas al SCIE, 4) introducir un mecanismo de apelación, y 5) crear un tribunal permanente para las cuestiones relativas a inversiones.

En la práctica, el uso de los MASC ha demostrado ser una vía útil para la solución amistosa de conflictos y un medio para evitar llegar al arbitraje, el cual ha sufrido críticas y ha demostrado ser nocivo para los intereses de los Estados. De ahí la necesidad de promover y potenciar su uso en controversias sobre inversiones.

A hora bien, adaptar el sistema vigente debe referirse exclusivamente a mejorar la transparencia del SCIE, a establecer plazos en la presentación de reclamaciones con el fin de evitar que demandas antiguas se impongan en contra de

los Estados, y a introducir un requisito de que se agoten los recursos internos antes de recurrir al arbitraje para limitar el acceso de los inversionistas al SCIE.

Con respecto a introducir un mecanismo de apelación, los ejemplos citados en el documento demuestran que es un tema controversial, que no goza de una completa aceptación, al menos en el marco del ATCI. Una nueva instancia en los procesos arbitrales exacerbará las desventajas del arbitraje: aumentando costos, incrementando el tiempo de respuesta de los tribunales y creando un espacio adicional para que un grupo de árbitros se beneficie del sistema. En consecuencia, la implementación de esta vía no sería beneficiosa para los Estados en las circunstancias actuales.

La creación de un tribunal permanente sobre inversiones (diferente al arbitraje) implicaría la sustitución del actual sistema de tribunales *ad hoc* por un tribunal internacional permanente con árbitros nombrados por los Estados. Esta propuesta no cambia el problema principal del sistema sobre la imparcialidad de los jueces y su aislamiento de los intereses externos, ya que al ser propuestos los jueces por una de las partes, significaría el desconocimiento de los otros actores igualmente importantes como las transnacionales y un sesgo en el manejo de este nuevo sistema favorable para los Estados.

Por su parte, Ecuador ha fundamentado su participación respecto de la negociación de acuerdos de inversión y de acuerdos comerciales que contienen disposiciones para regular la inversión extranjera en mayor grado al ámbito bilateral, por medio del sistema de protección recíproca de inversiones. La estrategia se ha enfocado en un apartamiento del régimen y al apoyo de una reforma sistemática del sistema de solución de controversias, en concordancia con la tendencia global.

En términos generales, el arbitraje internacional no ha sido beneficioso para Ecuador. Aunque haya solucionado la mayoría de controversias por medio de laudos favorables y solución amistosa, los laudos desfavorables y los gastos inherentes a los procesos han sobrepasado los US\$ 1.350 millones entre 2003 y marzo de 2016.

En consecuencia, Ecuador ha optado por una estrategia de apartamiento del sistema actual por medio de la denuncia de los 26 TBI vigentes al 2008. El país ha concluido de forma exitosa la denuncia de 2 TBI, los 24 restantes siguen vigentes por la aplicación de la cláusula de remanencia. Se ha cumplido con las formalidades pertinentes del proceso de denuncia de 8 TBI, quedando 16 pendientes por finalizar con las diligencias respectivas. 12 de los 16 se encuentran en diferentes puntos de

revisión, a cargo de la Asamblea Nacional del Ecuador, mientras que de los 4 restantes (Alemania, Francia, Suecia y Gran Bretaña) se espera la notificación mediante nota reversal.

Hasta marzo de 2016, se conoció que Ecuador tiene aun 8 procesos de arbitraje abiertos en materia de inversión extranjera, a pesar de que ha denunciado sus tratados bilaterales de inversión vigentes y que ha tomado medidas para la reforma sistemática del sistema de solución de controversias actual como la terminación del convenio con el CIADI en 2009.

A pesar de los acuerdos de inversión firmados y de la implementación de un marco regulatorio beneficioso hasta 2006 para la inversión extranjera, Ecuador no ha sido un destino atractivo para las inversiones distintas a las vinculadas al sector petrolero. La concentración sectorial demuestra que más del 80% de la IED que ingresó al país hasta 2006 estuvo dirigida al sector petrolero y más de la mitad provino de 2 países (el 35% de EEUU y el 20% de Canadá), hasta el 2014 la tendencia se mantuvo, hubo una concentración de la IED en el sector de recursos naturales del 68%, con una participación de Canadá en un 30%. China no ha significado para Ecuador un inversionista importante, pero sí un prestamista a destacar, dejándole al país una deuda de US\$ 6.000 millones, a enero de 2016.

La estructura institucional y organizativa, pública y mixta, creada para coordinar, regular y promover la inversión extranjera en el país ha sido débil, independientemente del período político y del gobierno de turno al mando. No ha existido una coordinación institucional ni una política estatal coherente con un plan nacional en materia de regulación y promoción de la IED. Se ha actuado con pragmatismo y en condescendencia con los avances internacionales que se han logrado en torno al tema.

Hasta 2006, varias instituciones creadas no cumplieron con el rol designado, entre ellas: El Ministerio de Economía, el cual no ofreció tampoco ningún aporte, el MICIP, el cual no tuvo ni siquiera un departamento técnico que se encargue de los temas de promoción de la IED en Ecuador, aduciendo que CORPEI debía ser el organismo encargado, por el mandato que le exigía la promoción de las inversiones.

En consecuencia, Ecuador al 2006, fue uno de los países de la región que menos invirtió en la promoción de la IED, solo comparable con Paraguay. La tendencia no cambió al 2014, año en el que recibió flujos de inversión solamente mayores a los de Venezuela, Paraguay y Bolivia.

A partir de 2007 se realizan cambios institucionales y organizativos además de cambios normativos, entre los principales: se da paso al COPCI en correspondencia con la nueva Constitución política del Ecuador de 2008. La Ley de alianzas público privadas de 2015 realiza varias reformas al Código de Producción. Se les otorga a ciertas instituciones públicas nuevas funciones como al Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad (MCPEC), se crean nuevos organismos para apoyar a la nueva normativa vigente como el Instituto de Promoción de exportaciones e inversiones (PROECUADOR), el Comité de Comercio Exterior (COMEX), la Comisión para la auditoría integral ciudadana de los Tratados de Protección recíproca de inversiones y del Sistema de arbitraje internacional en materia de inversiones (CAITISA), entre los principales.

Sin embargo, a pesar de los cambios, los flujos de IED que ingresaron al país no variaron sustancialmente y continuaron concentrándose en el sector de recursos naturales sin mayores beneficios para otros sectores. La búsqueda de nuevos mercados y la recepción de mayores flujos de inversión en los demás sectores de la economía ecuatoriana, fueron algunas de las razones que llevó al gobierno a pensar en estrategias pragmáticas como la firma del acuerdo comercial con la Unión Europea, en contraposición a su discurso y estrategia inicial de denunciar los TBI y de no firmar ningún tipo de tratado con este bloque en materia comercial.

En consecuencia, a pesar de disponer de una política de inversiones estipulada en varios cuerpos normativos creados y reformados en el marco de la Constitución política del país aprobada en 2008, la postura ecuatoriana frente a la regulación y promoción de IED continúa moldeándose en una esfera de pragmatismo comercial y económico, influenciada claramente por la coyuntura internacional, que se ha revelado como un factor clave para las medidas adoptadas por el país, lo que en la práctica ha conllevado a un apartamiento del RAI y del SCIE actual, tal como lo hicieron otros PED de la región y del mundo.

La tendencia global del RAI basada en el bilateralismo se ha implantado en el país en tal grado que las iniciativas planteadas por el gobierno ecuatoriano sobre la creación de un nuevo modelo de convenio para la promoción de inversiones para el desarrollo (CID) que sustituyan a los TBI, son una estrategia bilateral y termina convirtiéndose en una renegociación de los acuerdos ya existentes.

El escaso conocimiento de las implicaciones de los TBI y de las medidas internas que se adoptaron en concordancia con ellos contribuyó al hecho de que por

un par de décadas Ecuador tuviera una débil estructura institucional y organizacional que atienda cuestiones referentes a inversiones. Uno de los graves inconvenientes ha sido el mal estado y la inexistencia del archivo público de varias instituciones.

Además, la desorganización en los archivos, cambio físico de los mismos, falta de digitalización de algunos documentos físicos antiguos y en ocasiones pérdida de información, han generado una falta de memoria institucional, que a su vez ha provocado la pérdida de historia documental de la administración pública, y que se tome medidas pragmáticas sin conocimiento de los procesos históricos relacionados, en detrimento de los intereses estatales y de los avances alcanzados.

En consecuencia, más allá de promover las iniciativas multilaterales, los desafíos actuales del país frente a la reforma del RAI y del SCIE se circunscriben específicamente a la renegociación de nuevos acuerdos bilaterales, ya sea a partir del CID o de los contratos de inversión, donde se incluyan términos de transparencia en cuanto al manejo de los procesos de solución de controversias, se incorporen los avances en torno al respeto de los derechos humanos por parte de las transnacionales y de los Estados receptores de la inversión, así como al respeto de los órganos jurídicos internos antes de acceder a un arbitraje internacional.

Por su parte, el reto principal a nivel institucional e interno se enmarca en la creación de una memoria institucional conjunta a través de documentos técnicos, gubernamentales y académicos que les permita a los negociadores ecuatorianos tener un respaldo documental de los acontecimientos relacionados, de los logros y de los puntos críticos que el país ha enfrentado, con el fin de sustentar la toma de decisiones futuras.

El desafío principal, a nivel regional, se enfoca en la coordinación de políticas comunes por parte de los Estados para la creación del Observatorio del Sur, que permita cumplir los desafíos mencionados en cuanto a transparencia de la información y a la vigilancia del accionar de las transnacionales y de los Estados, lo que permitirá consolidar los avances alcanzados en relación a la reforma actual del RAI y del SCIE.

Es así como, la estrategia del Ecuador y de la región debe propender al reforzamiento de las capacidades individuales y grupales para enfrentar la negociación de instrumentos bilaterales, con el fin de alcanzar disposiciones beneficiosas para los intereses de los Estados y crear un escenario que permita en el futuro retomar y profundizar la negociación de acuerdos multilaterales.

Bibliografía

- Allard, Raúl. 2013. "Explorando nuevos caminos de regionalización e integración en América Latina y el Caribe". UNLP. Consulta: 3 de septiembre de 2015. <http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/27902/Documento_completo.pdf?sequence=1>.
- Amin, Samir. 1978. *El desarrollo desigual, ensayo sobre las formaciones sociales del capitalismo periférico*. Barcelona: Fontanella S.A.
- ANDES. 2015. "Inversión extranjera en Ecuador creció 6% en 2014 mientras en América Latina cayó 16%, según la Cepal". Información y noticias de Inversión extranjera Consulta: 14 de diciembre de 2015. <<http://www.andes.info.ec/es/noticias/inversion-extranjera-ecuador-crecio-6-2014-mientras-america-latina-cayo-16-segun-cepal.html>>.
- Asamblea Nacional del Ecuador. 2010. "Código orgánico de la producción, comercio e inversiones". Consulta: 12 de octubre del 2015. <<http://www.wipo.int/edocs/lexdocs/laws/es/ec/ec050es.pdf>>.
- . 2015. "Ley orgánica de incentivos para asociaciones público-privadas y la inversión extrnajera". Consulta: 30 de noviembre de 2015. <<http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/09/PROYECTO-DE-LEY-APP-DEFINITIVO-FINAL.pdf>>.
- Banco Central del Ecuador. 2014. "Inversión Extranjera Directa reportada en la Balanza de Pagos (2001-2010)". Consulta: 30 de noviembre de 2015. <<http://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/298-inversi%C3%B3n-extranjera-directa>>.
- . 2015. "Inversión Extranjera Directa por país de origen". Consulta: 31 de marzo de 2016. <<http://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/298-inversi%C3%B3n-extranjera-directa>>.
- Bello, Walden. 2003. "El significado de Cancún". Biblioteca de la CLACSO. Consulta: 3 de septiembre de 2015. <<http://biblioteca.clacso.edu.ar/ar/libros/osal/osal11/d2bello.pdf>>.
- Bhagwati, Jagdish. 1958. "Immiserizing Growth: A Geometrical Note". *Review of Economic Studies*, 201-205. Oxford: Oxford University Press.
- CAITISA. 2015. "Alternativas, Conclusiones y Recomendaciones" *Informe de la CAITISA*.
- Cámara de Comercio de Quito. 2013. "Inversión para Ecuador". Consulta: 14 de octubre del 2015.

- <http://www.lacamaradequito.com/uploads/tx_documents/Boletin_CEA-JUN2013.pdf>.
- CAN. 2015. "Exportaciones intra y extra comunitarias". Comunidad Andina, Comercio Exterior de bienes. Consulta: 17 de marzo de 2015. <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/2459_8.pdf>.
- . 2011. "Flujo de la inversión extranjera directa en la Comunidad Andina 2001-2010". Consulta: 2 de noviembre de 2011. <http://estadisticas.comunidadandina.org/eportal/contenidos/2338_8.pdf>.
- . 2004a. "Gaceta oficial 1093". Consulta: 10 de junio de 2015. <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1093.pdf>>.
- . 2004b. "Gaceta oficial del Acuerdo de Cartagena, Decisión 598". Consulta: 10 de junio de 2015. <<http://intranet.comunidadandina.org/Documentos/Gacetas/Gace1092.pdf>>.
- CEPAL. 2013. "La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe". Consulta: 16 de octubre de 2015. <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/36805/S1420131_es.pdf?sequence=1>.
- . 2015. "La inversión extranjera directa en América Latina y el Caribe". Consulta: 30 de noviembre de 2015. <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/38214/S1500535_es.pdf>.
- . 2011. "La región en la década de las economías emergentes". En *Panorama de la inserción internacional de América Latina y el Caribe*, 1-142. Santiago de Chile: Naciones Unidas.
- CIADI. 2006. "Convenio CIADI, reglamento y reglas". Consulta: 12 de octubre de 2015. <https://icsid.worldbank.org/ICSID/StaticFiles/basicdoc-spa/CRR_Spanish-final.pdf>.
- CIDSE. 2014. *Empresas y Derechos Humanos, un nuevo impulso a escala nacional e internacional*. Ginebra:CIDSE.
- CNUDMI. 2014. "Reglamento de la CNUDMI sobre la transparencia en los arbitrajes entre los inversionistas y Estados en el marco de un Tratado". Consulta: 16 de noviembre de 2015. <<https://www.uncitral.org/pdf/spanish/texts/arbitration/rules-on-transparency/Rules-on-Transparency-S.pdf>>.
- Cob, Gloriana, y Luis Rodríguez. 2013. *El concepto del "trato justo y equitativo" en los tratados bilaterales de inversión: análisis de laudos emitidos por el*

CIADI en relación a este concepto, para casos de países latinoamericanos.
San José: Universidad de Costa Rica.

COMEX. "Resolución No. 474.» 19 de febrero de 2009". Consulta: 20 de diciembre de 2015. <<http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/06/resolucion474.pdf>>.

-----, 2014. "Historia". Consulta: 20 de octubre de 2015. <<http://comex.ec/historia/>>.

Comisión Europea. 2010. *Proposal for a Regulation of the European Parliament and of the Council establishing transitional arrangements for bilateral investment agreements between Member States and third countries.* Bruselas: Comisión Europea.

-----, 2015. "La UE finaliza la propuesta sobre la protección de las inversiones y el Sistema de Tribunales de Inversiones para la ATCI". Consulta: 30 de marzo de 2016. <<http://ec.europa.eu/spain/pdf/2015/1611.pdf>>.

Conferencia de la Carta de la Energía. 1994. "El Tratado sobre la Carta de la Energía y documentos relacionados" Consulta: 3 de septiembre de 2015. <<http://www.energycharter.org/fileadmin/DocumentsMedia/Legal/ECT-es.pdf>>.

Congreso Nacional del Ecuador. 1993. "Ley de Modernización del Estado". Consulta: 10 de octubre de 2015. <http://www.oas.org/juridico/spanish/mesicic2_ecu_anexo28.pdf>.

-----, 2015. "Ley General de instituciones del sistema financiero". Red hemisférica de intercambio de información para la asistencia mutua en materia penal y extradición. Consulta: 12 de octubre de 2015. <https://www.oas.org/juridico/mla/sp/ecu/sp_ecu-mla-law-finance.html>.

-----, 2006. "Ley No. 2006-42 Reformatoria a la Ley de Hidrocarburos". Consulta: 12 de octubre de 2015. <http://app.sni.gob.ec/sni-link/sni/%23recycle/CAITISA/Quinta%20Entrega%20CAITISA/CAJA_03/03_09/024015.pdf>.

Consejo de la International Bar Association. 2014. *Directrices IBA sobre conflictos de intereses en arbitraje internacional 2014.* Londres:IBA.

Correa, Rafael. 2013. "Decreto 25". Consulta: 13 de octubre de 2015. <<http://www.comercioexterior.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2013/09/Decreto-25.pdf>>.

-----, 2013. "Decreto No. 1506." Consulta: 10 de octubre de 2015. <<http://www.caitisa.org/index.php/home/2015-06-29-09-57-44>>.

Dominguez, Rafael. 2015. *Teorías Neo.* Quito:UASB.

- Escobar, Arturo. 2004. "Beyond the Third World: imperial globality, global coloniality and anti-globalisation social movements". En *The Third World Quarterly*, 1-25. Londres: Taylor and Francis.
- G77. 2015. "The Group of 77 at the United Nations". Consulta: 25 de enero de 2016. <<http://www.g77.org/doc/members.html>>.
- , 2014. "Por un Nuevo Orden Mundial para Vivir Bien". Banco de desarrollo interamericano. Consulta: 1 de agosto de 2015. <<http://www10.iadb.org/intal/intalcdi/PE/2014/13959a02.pdf>>.
- Gaibor, Christel. 2013. "Experiencia de arbitraje con transnacionales". Consulta: 15 de octubre de 2015. <<http://www.scpm.gob.ec/wp-content/uploads/2013/11/2.6.-Christel-Gaibor-Flor-Procuradur%C3%ADa-General-del-Estado-Experiencias-de-Arbitraje-con-Transnacionales.pdf>>.
- Garba, Kassey. 1999. "An Endogenous Empowerment Strategy: A Case-Study of Nigerian Women". Consulta: 15 de octubre de 2015. <<http://www.jstor.org/stable/pdf/4029713.pdf>>.
- García, Diego. 2013. *El sistema de solución de controversias inversionista-Estado, una visión propositiva*. Quito: Procuraduría General del Estado.
- Gobierno de España. 2015. "El Derecho Comunitario". Consulta: 13 de junio de 2015. <<http://www.exteriores.gob.es/RepresentacionesPermanentes/EspanaUE/es/quees2/Paginas/El-Derecho-comunitario.aspx>>.
- Gobierno de la República del Ecuador. 1997. "Superintendencia de compañías". Consulta: 3 de septiembre de 2015. <<https://www.supercias.gov.ec/web/privado/marco%20legal/LEY%20DE%20PROMOCION%20Y%20GARANTIA%20DE%20INVERSIONES.pdf>>.
- Guerra, Gustavo. 2008. "La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador" Repositorio UASB. Consulta: 6 de junio de 2015. <<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/489/1/T600-MRI-Guerra-La%20negociaci%C3%B3n%20de%20acuerdos%20internacionales%20de%20inversi%C3%B3n%20como%20instrumento%20para%20la%20promoci%C3%B3n%20....pdf>>.
- Gunder Frank, André. 2005. "Capitalismo y subdesarrollo en América Latina". Centro de Estudios Miguel Enríque - CEME. Consulta: 10 de julio de 2015. <http://www.archivochile.com/Ideas_Autores/gunderfa/gunderfa0006.pdf>.

- Gutierrez, Jesús. 2015. "Inversión extranjera directa". Consulta: 30 de marzo de 2016. <<http://www.expansion.com/diccionario-economico/inversion-extranjera-directa.html>>.
- Halperín, Tulio, William Glade, Rosemary Thorp, Arnold Bauer, Manuel Moreno, Colin Lewis, Victor Bulmer-Thomas, Ricardo Ffrench-Davis, Óscar Muñoz y José Palma. 2002. *Historia Económica de América Latina. Desde la Independencia hasta Nuestros Días*. Barcelona: Crítica.
- Hernández, Juan. 2015. "El TTIP y la propuesta de modificación de los tribunales arbitrales". Consulta: 30 de marzo de 2016. <<http://www.attac.es/2015/10/07/el-ttip-y-la-propuesta-de-modificacion-de-los-tribunales-arbitrales/>>.
- Hilary, John. 2014. "El acuerdo transatlántico sobre comercio e inversión". Consulta: 26 de junio de 2015. <<http://www.rebellion.org/docs/191623.pdf>>.
- Instituto de Estudios Latinoamericanos de la Universidad de Estocolmo. 1996. "Los procesos de integración en América Latina, enfoques y perspectivas". Consulta: 20 de diciembre de 2015. <https://books.google.es/books?hl=es&lr=&id=s_50XkHRULYC&oi=fnd&pg=PA131&dq=multilateralismo+bilateralismo+ecuador&ots=MQBx1M8ZvD&sig=vsKYGXymznD7Z0fg1M8YyEn0IXk#v=onepage&q&f=false>.
- Jijón, Rodrigo. 2010. "Los Tratados bilaterales de inversión del Ecuador". Perez, Bustamante y Ponce. Consulta: 10 de octubre de 2015. <<http://www.ecamcham.com/download/cam/TBIs%20DEL%20ECUADOR%20CONSECUENCIAS%20DE%20LA%20DENUNCIA%20RJ.pdf>>.
- Lander, Edgardo. 1998. "El Acuerdo multilateral de inversiones (MAI), El capital diseña una nueva Constitución Universal". Consulta: 25 de julio de 2015. <<https://www.tni.org/files/El%20Acuerdo%20Multilateral%20de%20Inversiones%20%28AMI%29.pdf>>.
- López, Nicolas. 2008. "Las negociaciones comerciales en la OMC" Consulta: 10 de octubre de 2015. <http://www.revistasice.com/CachePDF/ICE_843_71-87__750252112D78CEF172515CE50E154C72.pdf>.
- Los Tiempos. 2014. "Cumbre del G77 analizará creación de un 'nuevo orden mundial'". Consulta: 1 de agosto de 2015. <http://www.lostiempos.com/diario/actualidad/nacional/20140614/cumbre-del-g77-analizara-creacion-de-un-nuevo-orden_259329_568133.html>.
- Madisson, Angus. 2001. "The world economy: A millennial perspective". Development Centre of Studies OECD. Consulta: 11 de junio de 2015. <<http://theunbrokenwindow.com/Development/MADDISON%20The%20World%20Economy--A%20Millennial.pdf>>.

- Malamud, Andres y Philippe Scmitter. 2007. "The experience of european integration and the potential in integration in South America". Eulacfoundation. Consulta: 10 de junio de 2015. <<http://eulacfoundation.org/sites/eulacfoundation.org/files/pdf/The%20experience%20of%20European%20integration%20and%20the%20potential%20for%20integration%20in%20South%20America.pdf>>.
- Mancero, Piedad. 2015. *El sistema de protección de inversiones e impactos en grupos sociales de Ecuador*. Quito:CAITISA.
- Ministerio Coordinador de Producción, Empleo y Competitividad. 2014a. "ministro Richard Espinosa Guzmá participa en Foro mundial de inversiones en Ginebra". Consulta: 10 de octubre de 2015. <<http://www.produccion.gob.ec/ministro-richard-espinosa-guzman-participa-en-foro-mundial-de-inversion-en-ginebra/>>.
- . 2014b. "Estatuto orgánico procesos Min. Producción, Empleo y Competitividad". Consulta: 18 de octubre de 2015. <<http://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2015/06/Estatuto-Organico-por-procesos-actualizado.pdf>>.
- . 2015. "Inversión". Consulta: 15 de octubre de 2015. <<http://www.produccion.gob.ec/codigo-de-la-produccion/>>.
- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. 2013. "Ecuador y los sistemas de arbitraje internacional". Consulta: 30 de noviembre de 2015. <<http://venezuela.embajada.gob.ec/wp-content/uploads/downloads/2014/01/DISCURSO-DEL-VICECANCILLER-DEL-ECUADOR-ANTE-EL-PARLATINO.pdf>>.
- . 1994. "Cumbre de las Américas: Declaración de Principios y Plan de acción, Miami, 11 de diciembre, 1994". En *Informe a la Nación que presenta el Canciller de la República, Galo Leoro Franco*, 1-659. Quito:Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana.
- . 2009. *Documento de síntesis sobre la posición de Ecuador ante el presente estado de las Negociaciones con la Unión Europea de un Acuerdo Multipartes (junio de 2009)*. Quito: Cancillería del Ecuador.
- . 2014. "Expertos de la UNASUR avanzan en la creación del Centro de solución de controversias en materia de inversiones". Consulta: 26 de septiembre de 2014. <<http://www.cancilleria.gob.ec/expertos-de-unasur-avanzan-en-la-creacion-del-centro-de-solucion-de-controversias-en-materia-de-inversiones/>>.

- Muñoz, Felipe y Dorotea López. 2007. "El Sistema multilateral de comercio y la región". Biblioteca FLACSO. Consulta: 10 de octubre de 2015. <<http://latn.org.ar/wp-content/uploads/2015/01/wp-86.pdf>>.
- Naciones Unidas. 1955. "Las inversiones extranjeras en América Latina". CEPAL. Consulta: 3 de septiembre de 2015. <http://repositorio.cepal.org/bitstream/handle/11362/29037/S5400010_es.pdf?sequence=1>.
- OMC. 1998. "A multilateral agreement on investment, covering the sceptics". Economic Research and analysis division. Consulta: 25 de julio de 2015. <https://www.wto.org/spanish/res_s/reser_s/ae9805_s.htm>.
- , 2001. "Acuerdo sobre las Medidas en materia de Inversiones relacionadas con el Comercio". Consulta: 29 de noviembre de 2015. <https://www.wto.org/spanish/docs_s/legal_s/18-trims.pdf>.
- , 2015. "Informe anual 2015". Consulta: 29 de noviembre de 2015. <https://www.wto.org/spanish/res_s/booksp_s/anrep_s/anrep15_s.pdf>.
- OEA. 1993. "Tratado Bilateral de Inversiones Ecuador-Chile". SICE. Consulta: 3 de septiembre de 2015. <<http://www.sice.oas.org/BITS/ECUCHILS.ASP>>.
- Pérez, Jorge. 2003. "La doctrina y cláusula Calvo en el Derecho internacional, su evolución y práctica". En *Derecho Internacional de los negocios: alcances*, 1-482. Bogotá: Universidad Externado de Colombia.
- Pino, Christian. 2014. "Lead Discussants and Statements". UNCTAD, World investment forum. Consulta: 8 de marzo de 2015. <<http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/10/Pino.pdf>>.
- Prieto, Gustavo. 2012. "Evolución del Derecho Internacional de inversiones: hacia un régimen global estable". *Foro: Revista de Derecho*, No. 17: 1-26.
- PGE. 2015. *Convenio para la Promoción de Inversiones para el Desarrollo*. Quito: PGE.
- , 2014. "Cuadro de Casos Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y arbitraje". Consulta: 12 de octubre de 2015. <[file:///C:/Users/edwinunezcastro/Downloads/cuadrocasosdnaia15052014%20\(1\).pdf](file:///C:/Users/edwinunezcastro/Downloads/cuadrocasosdnaia15052014%20(1).pdf)>.
- , 2016. "Asuntos internacionales y arbitraje". Consulta: 31 de marzo de 2016. <http://blogcifras.pge.gob.ec/?page_id=69>
- Olivet, Cecilia. 2012. *Cuando la injusticia es un negocio*. Bruselas/Amsterdam: Corporate Europe Observatory y Transnational Institute.

- Quintana, Elvia. 1989. *El comercio exterior de México: marco jurídico, estructura y política*. México: Editorial Porrúa.
- Robinson, Peter. 2014. "Lead Discussants and Statements". UNCTAD, World investment forum. Consulta: 8 de marzo de 2015. <<http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2014/10/Robinson.pdf>>.
- Robinson, William. 2005. "Gramsci and Globalization: From Nation-State to Transnational Hegemony". *Critical Review of International Social and Political Philosophy*: 1-17.
- . 2007. "Una teoría sobre el Capitalismo global. Producción, clase y Estado en un mundo transnacional". Consulta: 5 de septiembre de 2015. <<http://www.soc.ucsb.edu/faculty/robinson/Assets/pdf/Una%20teoria%20sobre%20cap%20global.pdf>>.
- Singh, Kavaljit. 2014. "Transformation of the International Investment Agreement Regime: A BRICS perspective". UNCTAD - World Investment Forum. Consulta: 27 de julio de 2015. <<http://unctad-worldinvestmentforum.org/wp-content/uploads/2015/03/Singh.pdf>>.
- Trejo, Elma. 2006. "Área de libre comercio de las Américas". Cámara de diputados de México. Consulta: 3 de septiembre de 2015. <<http://www.diputados.gob.mx/sedia/sia/spe/SPE-ISS-11-06.pdf>>.
- Turzi, Mariano. 2011. "¿Qué importancia tiene el BRIC?". *Estudios Internacionales*, No. 168. Universidad de Chile: 87-110.
- UNCTAD. 2012a. "Cumbre de líderes mundiales sobre la inversión". Consulta: 5 de octubre de 2015. <http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/td469_sp.pdf>.
- . 2008d. "El Acuerdo de Accra". Consulta: 5 de octubre de 2015. <http://unctad.org/es/Docs/iaos20082_sp.pdf>.
- . 2006. "Empresas transnacionales, industrias extractivas y desarrollo: repercusiones en las políticas". Consulta: 12 de junio de 2015. <http://unctad.org/es/docs/c2em20d2_sp.pdf>.
- . 2010b. "Foro mundial de inversiones". Consulta: 10 de octubre de 2015. <<http://unctad-worldinvestmentforum.org/china2010/programme/>>.
- . 2015. "Informe de la UNCTAD propone maneras de reformar el sistema de acuerdos internacionales de inversión". Consulta: 7 de noviembre de 2015. <<http://unctad.org/es/Paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=254>>.
- . 2013. "International Investment Agreements". Consulta: 1 de octubre de 2015. <<http://unctad.org/en/Pages/DIAE/International%20Investment%20Agreeme>>.

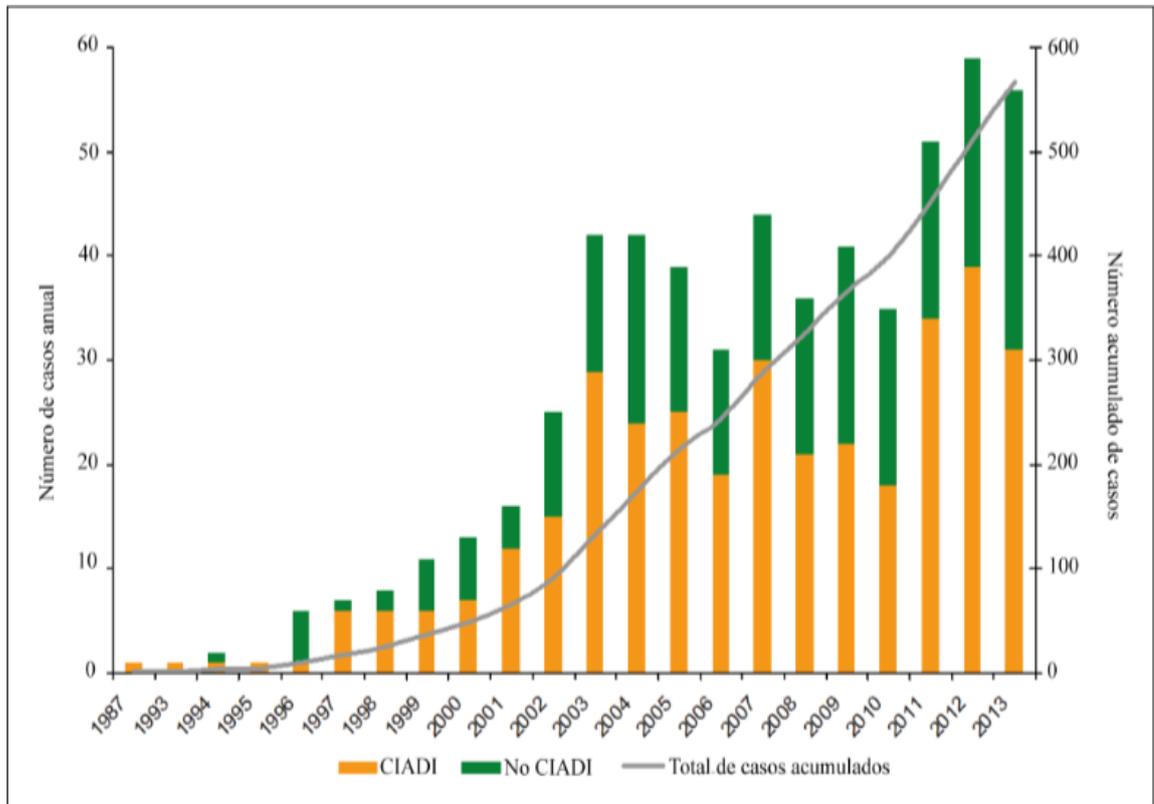
nts%20%28IIA%29/International-Investment-Agreements-
%28IIAs%29.aspx?Pu=96,1>.

- . 2008c. "La Declaración de Accra". Consulta: 1 de octubre de 2015. <http://unctad.org/es/Docs/tdl413_sp.pdf>.
- . 2012b. "Las finalistas de la tercera edición del premio a la mujer empresaria son diez fundadoras de empresas prósperas de países en desarrollo". Comunicado de Prensa UNCTAD. Consulta: 10 de octubre de 2015. <<http://unctad.org/es/Paginas/PressRelease.aspx?OriginalVersionID=31>>.
- . 2008a. "Regulación internacional de la inversión: balance, retos y camino a seguir". Consulta: 3 de septiembre de 2015. <http://unctad.org/es/Docs/iteiit20073_sp.pdf>.
- . 2008b. "Surgimiento de un nuevo sur y ascenso del comercio sur-sur como instrumento de integración regional e interregional para el desarrollo". Consulta: 25 de julio de 2015. <http://unctad.org/es/Docs/td425_sp.pdf>.
- . 2014a. "Transformación del Régimen de acuerdos internacionales de inversión". Consulta: 20 de marzo de 2015. <http://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciiem4d2_es.pdf>.
- . 2015. "United Nations Convention on Transparency in treaty-based investor-State arbitration". Consulta: 10 de noviembre de 2015. <http://www.uncitral.org/uncitral/en/uncitral_texts/arbitration/2014Transparency_Convention_status.html>.
- . 2010a. "World investment forum, investment in sustainable development". Consulta: 5 de octubre de 2015. <http://unctad.org/es/Docs/diaepcb2011d1_en.pdf>.
- . 2014b. "World investment report 2014". 1-264. Nueva York y Ginebra: Naciones Unidas, 2014b.
- Valencia, Alexis. 2006. "Políticas y acciones para la promoción de la inversión extranjera directa". En *Alternativas para un proyecto nacional de desarrollo humano y sostenible del Ecuador*. Colegio de Economistas de Pichincha: 1-176.
- Vandeveldt, Kenneth. 2010. *Bilateral Investment Treaties, History, Policy and Interpretation*. Oxford: Oxford University Press.
- Waelde, Thomas. 1996. *The Energy charter treaty: an east-west gateway for investment and trade*, 1-736. Londres:Kluwer Law.

Wilkinson, Bruce. 1996. "El Nafta en la economía mundial: lecciones para América Latina". CIEPLAN. Consulta: 3 de septiembre de 2015. <http://www.cieplan.org/media/publicaciones/archivos/37/Capitulo_1.pdf>.

Anexo 1.

Casos conocidos de solución de controversias entre inversionistas y Estados (1987 a 2013)

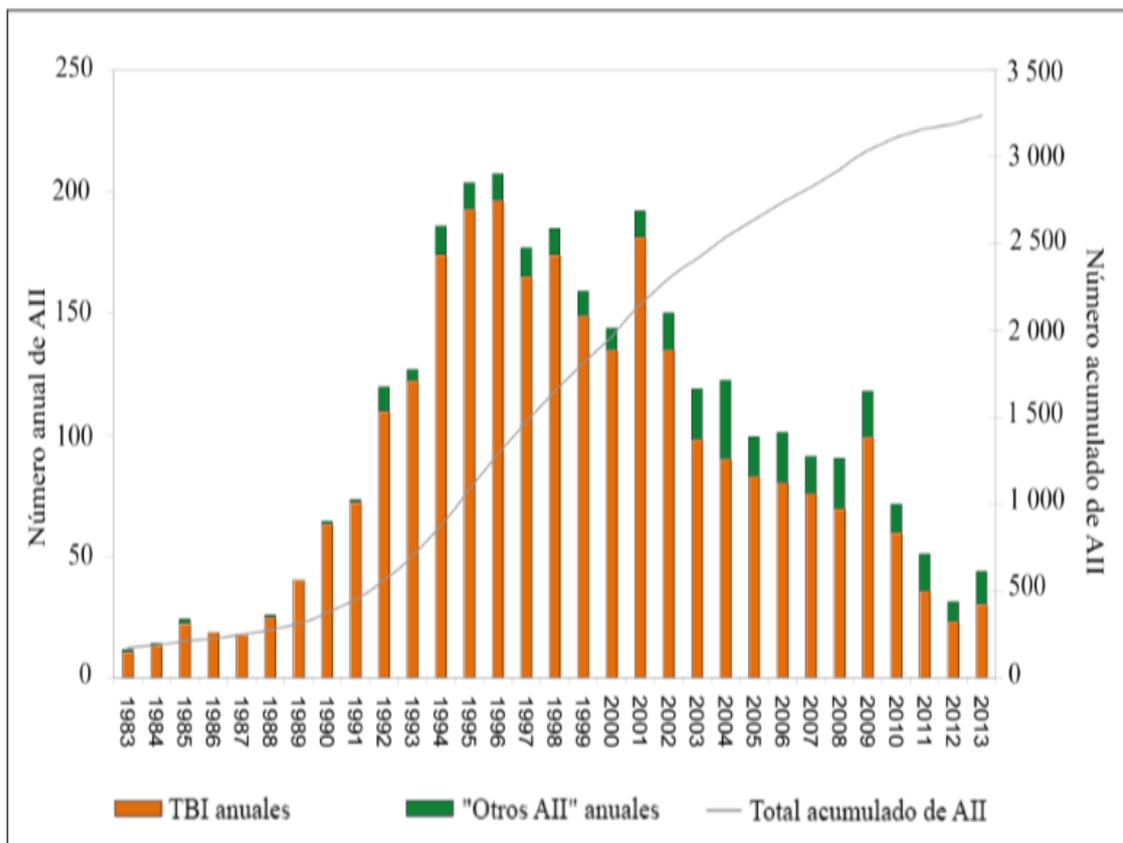


Fuente: UNCTAD

Elaboración: UNCTAD

Anexo 2.

Tendencias de los acuerdos de inversión firmados entre 1983 y 2013



Fuente: UNCTAD

Elaboración: UNCTAD

Anexo 3:

Ejemplos recientes de tasas judiciales en casos de SCIE

Además de la carga financiera a la que se enfrentan los Estados debido a los laudos arbitrales dictados en su contra en las controversias entre inversores y Estados, los costos de los propios procedimientos también pueden ser muy altos. Así lo demuestran los siguientes ejemplos de tasas judiciales y costos de arbitraje en casos recientes de SCIE:

En *Plama Consortium c. Bulgaria* (caso CIADI N° ARB/03/24), los gastos judiciales de la parte demandante (relativos a las etapas sobre la jurisdicción y el fondo del procedimiento de arbitraje) ascendieron a 4,6 millones de dólares, mientras que los de la parte demandada (relativos a ambas etapas) ascendieron a 13,2 millones de dólares. La parte demandante tuvo que abonar la totalidad de los costos del procedimiento de arbitraje y la mitad de los gastos judiciales de la parte demandada (UNCTAD, 2009).

En *Pey Casado c. Chile* (caso CIADI N° ARB/98/2), los gastos judiciales de la parte demandante (relativos a las etapas sobre la jurisdicción y el fondo del procedimiento de arbitraje) ascendieron a un total de unos 11 millones de dólares, mientras que los de la parte demandada ascendieron, para ambas etapas, a 4,3 millones de dólares. Se ordenó a la parte demandada que abonase un 75% de las costas del arbitraje, y 2 millones de dólares en concepto de gastos de la parte demandante (UNCTAD, 2009).

En *ADC Affiliate Limited y ADC & ADMC Management Limited c. la República de Hungría* (caso CIADI N° ARB/03/16), el tribunal obligó al país demandado a abonar la totalidad de las costas, que ascendieron a 7,6 millones de dólares, por entender que había infringido sus obligaciones legales. Se incluyeron los gastos judiciales del inversor (UNCTAD, 2006).

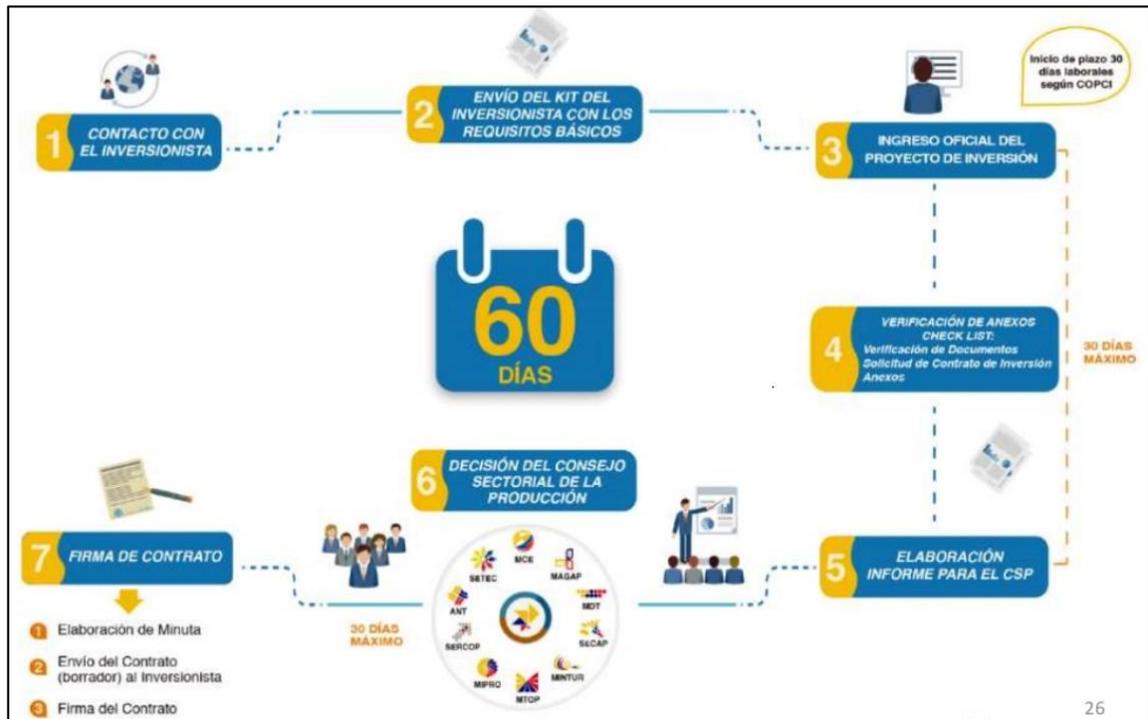
En *Waguih Elie George Siag y Clorinda Vecchi c. la República Árabe de Egipto* (caso CIADI N° ARB/05/15), el tribunal resolvió que los demandantes tenían derecho a recibir de Egipto la suma de 6 millones de dólares en concepto de gastos judiciales y de expertos, entre otros.

Fuentes: UNCTAD, 2009 "Latest developments in investor–State dispute settlement" IIA Monitor No. 1; UNCTAD 2006, "Latest developments in investor–State dispute settlement". IIA Monitor No. 4.

Elaboración: UNCTAD

Anexo 4:

Proceso de Firma de contratos de inversión



Fuente: Ministerio Coordinador de la Producción

Elaboración: Ministerio Coordinador de la Producción

Anexo 5:**Cuadro de Resumen de las Críticas y Propuestas de Reforma al sistema en Documentos gubernamentales presentados por varios Estados en el marco del UNCTAD WIF 2014**

AUTOR y TÍTULO	RESUMEN
IIA Issues note UNCTAD Reform of the IIA Regime: Four Paths of Action and a way forward 06-2014	Aspectos específicos de reforma sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión en el marco de la UNCTAD. Las opciones para los Estados frente al sistema de arbitraje son: <ul style="list-style-type: none">• Mantener el status quo o la Desactivación del Régimen• Introducción de Ajustes Selectivos• Participar en la Reforma Sistemática
IIA Issues note UNCTAD Reform of Investor-State Dispute Settlement: In search of roadmap 06-2013	Se critica la independencia e imparcialidad de los árbitros y se plantean 5 categorías a reformarse: <ul style="list-style-type: none">• Promover mecanismos de solución alternativa de conflictos.• Adaptar el sistema existente a través de acuerdos individuales.• Limitar el acceso del inversionista al arbitraje de inversiones.• Introducir una instancia de apelaciones.• Crear una corte permanente de arbitraje internacional sobre inversiones.
Mr. Germán A. Herrera Bartís Directorate of International Trade and FDI Promotion Strategy Undersecretariat for Investment Development and Trade Promotion Ministry of Foreign Affairs and Worship Argentina	Se propone establecer un nuevo marco normativo de la inversión extranjera directa que debería abordar retos claves: <ul style="list-style-type: none">• Proporcionar herramientas para promover el desarrollo de proveedores locales• Fomentar la IED en actividades de alto valor añadido en el país anfitrión• Lograr un equilibrio aceptable para todas las partes en cuanto a la remisión de utilidades.
Ms. Afroza Khan, Joint Secretary, Ministry of Industries, Bangladesh World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014	Se propone el uso del sistema judicial nacional en vez del arbitraje internacional de inversiones que resulta más costoso. Además, ofrece la promoción y protección con cláusulas específicas en el texto de los acuerdos de inversión al desarrollo sustentable, salud pública y cambio climático.

<p>Mr. Ruslan Varankov First Secretary Department of Treaties and Legal Affairs Ministry of Foreign Affairs Belarus</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Se propone la reforma a los TBI en el sentido de obtener un balance entre los intereses de los Estados y la protección de los inversionistas. Además, se ofrecen los siguientes puntos específicos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Que los inversionistas se suscriban a las políticas públicas de desarrollo nacional. • Incluir en el texto de los TBI las prerrogativas regulatorias del Estado receptor. • Establecimiento de un mecanismo de consulta intraestatal previa a la ejecución de las medidas. Además, esta institución revisaría las decisiones de los tribunales arbitrales con el propósito de mantener consistencia y predictibilidad en la jurisprudencia. • La creación de una institución de autoridad judicial de apelación para la revisión de las medidas.
<p>Mr. John O'Neill Deputy Permanent Representative Multilateral Representation of Canada in Geneva Canada World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Indica que la redacción de los tratados debe ser precisa, clara y directa para ofrecer mayor certidumbre con respecto al alcance y contenido de obligaciones de los Estados. Se propone que de esta manera será posible minimizar la posibilidad de interpretaciones extensivas. Ofrece y pone a servicio de los Estados en desarrollo para apoyo durante la negociación y ejecución de acuerdos de inversión y comercio.</p>
<p>Mr. M. Daniel Godinho Secretary of Foreign Trade Ministry of Development, Industry and Foreign Trade Brazil World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>El Brasil firmó 14 TBI en la década de los 90 y fueron negados por el legislativo. Las cláusulas respecto de expropiación indirecta y arbitraje internacional de inversiones fueron consideradas contrarias a la Constitución y restrictivas a la implementación de políticas públicas cruciales para el desarrollo nacional.</p> <p>Brasil ha elaborado un nuevo Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones que busca un resultado equilibrado que combina la promoción de un entorno atractivo para los inversores, mientras que preserva el espacio para la creación y ejecución de políticas públicas.</p>
<p>Mr. Hasan Aslan Akpinar Head of Department DG for Incentives and Foreign Investment Ministry of Economy of the Republic of Turkey World Investment Forum/IIA Conference/</p>	<p>Turquía realiza críticas al sistema ya que considera que el sistema de arbitraje de inversiones no es un medio que ayude a los Estados a obtener inversión extranjera, el sistema de arbitraje es muy costoso, nadie está seguro de los resultados y no se cuenta con un instrumento rector para guiar a los países en vías de desarrollo respecto de las consecuencias de los tratados.</p>

<p>UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Propone incluir cláusulas que promuevan la inversión productiva, que incluyan el intercambio de experiencias y capacitación de expertos en derecho para la negociación de TBI, mecanismos para mejorar el ambiente para la inversión y la creación de agencias de promoción de inversión.</p> <p>Respecto del sistema, propone la inclusión de cláusulas que dispongan la necesidad de mecanismos alternativos efectivos antes de recurrir al arbitraje de inversiones internacional, incluyendo un periodo de enfriamiento obligatorio. También propone la creación de sistema de seguro para cubrir los gastos en caso de un arbitraje internacional de inversiones.</p> <p>Recomienda también que la UNCTAD ofrezca un espacio entre las partes interesadas para las reformas al sistema y como apoyo para países en desarrollo para la renegociación de sus TBI.</p>
<p>Mr. Malan Lindeque Permanent Secretary Ministry of Trade and Industry Windhoek Namibia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD</p>	<p>Se ofrece un resumen respecto de las críticas más comunes a nivel internacional. La mayoría de los inversionistas provienen de países desarrollados; los costos por servicios legales y de arbitraje en procesos arbitrales de inversión internacional son altos y afectan el presupuesto de los Estados; las cláusulas de los TBI, tales como trato nacional, afectan la capacidad regulatoria de los Estados; el sistema de arbitraje de inversión no es transparente y los TBI pierden su validez como herramientas para la promoción de la inversión.</p> <p>Namibia propone dos claves para abordar las deficiencias en los TBI y el sistema de arbitraje:</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Creación de conciencia política respecto a los tratados de inversión y sus desafíos. Esto incluye el fortalecimiento de la capacidad de negociación de los TBI, además de la cooperación regional. 2. Explorar modelos innovadores de los tratados de inversión, con el fin de alejarse de un modelo de "protección y abogado-mediador-negocio" a un enfoque que se centra en las consideraciones reales de los inversores en la toma de decisiones de inversión, tales como la facilitación de las inversiones y la promoción. 3. Se propone también la inclusión de cláusulas con definiciones específicas respecto de la protección

	<p>y excepciones, y procedimiento. Por ejemplo, se incluiría el requisito de agotar los recursos administrativos y judiciales internos.</p> <ol style="list-style-type: none"> 4. También se ofrece como una posibilidad la protección a la inversión mediante contrato y no tratados, que incluyan el arbitraje de inversiones. 5. Además, se propone la revisión del sistema para asegurar la transparencia. Se propone un mecanismo de apelación bajo los principios de independencia, imparcialidad y neutralidad. 6. Un código de conducta para los árbitros. 7. Crear un dialogo para reforma del Banco Mundial y la UNCTAD.
<p>Mr. Tobias Mulimbika, Director Department of Industry Ministry of Commerce Trade and Industry MCTI) Zambia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Se propone una serie de propuestas, entre las cuales está el revisar y proponer reformas a las definiciones de las cláusulas de trato nacional, nación más favorecida, trato justo y equitativo y expropiación, con el propósito de limitar interpretaciones extensivas.</p> <p>El gobierno de Zambia ha nombrado a un comité técnico multisectorial y multi-calificado para renegociar algunos de los tratados bilaterales de inversión firmados para ponerlos en consonancia con la legislación vigente. Su propósito es determinar la mejor manera de integrar estos acuerdos en su política de desarrollo económico por retener suficiente espacio de políticas para promover el desarrollo económico, sin menoscabo de la eficacia del arbitraje de inversión.</p>
<p>Mr. Christian Etter Head Special Foreign Economic Service Division Foreign Economic Affairs Directorate State Secretariat for Economic Affairs (SECO) Switzerland</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Suiza propone:</p> <ol style="list-style-type: none"> a) Coherencia de los AII con otros objetivos de políticas públicas. Se indica que en los últimos TBI suscritos por Suiza se incluye el derecho de los Estados de regular respecto del interés público en ámbitos de medio ambiente, salud y seguridad. b) Mejora de los procedimientos de arbitraje de inversión respecto de la transparencia. Especialmente propone la creación de un sistema de apelación. c) Normas de protección de las inversiones en desarrollo. Actualizar y estandarizar el lenguaje y las definiciones de los términos más comunes en el sistema de arbitraje (TBI y arbitraje)
<p>Mr. Mahendra Siregar Chairman of Investment Coordinating Board The Republic of Indonesia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/</p>	<p>Indonesia apoya el sistema de inversiones, y se ha reformado en los siguientes puntos:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Reformas en legislación y políticas nacionales para ajustarse a los cambios rápidos y sustanciales en materia de gobernanza política, económica y social. • Tratados de Libre Comercio (TLC), y otros

<p>UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>acuerdos comerciales recientemente suscritos pueden estar en superposición y conflicto con acuerdos de inversión bilaterales y regionales existentes. Esta situación exige la coherencia entre los acuerdos de uno y otro de inversión, con el fin de proporcionar una comprensión clara y sencilla para que las partes involucradas.</p> <ul style="list-style-type: none"> • Se ha creado una Ley de Inversiones que establece explícitamente la protección de los inversores extranjeros en Indonesia, incluyendo varias cláusulas que estipulan el tratamiento de los inversores y el mecanismo de solución de diferencias, así como las cláusulas para facilitar la intención de los negocios de Indonesia a invertir en el extranjero, también proporcionará las razones para repensar y revisar el TBI existente. • muchas de las compañías indonesias están ahora invirtiendo en el extranjero. Esto también requeriría que los TBI se apliquen en ambos sentidos.
<p>Ms. Champika Malagoda Director Research & Policy Advocacy Department Board of Investment of Sri Lanka</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Sri Lanka afirma que los TBI son una herramienta bidireccional que sirve no sólo para proteger y promover la inversión extranjera en un país en particular, sino también para proporcionar una protección para las inversiones exteriores entre los dos países miembros. Por lo tanto, el papel y el impacto de los tratados bilaterales de inversión deben ser considerados no sólo en términos de su efecto sobre las inversiones hacia el interior, sino también en su capacidad de proteger y promover las inversiones exteriores. Sin embargo, indica que no se encuentra a favor de que los tratados incluyan cláusulas de arbitraje de inversiones.</p>
<p>H.E. Mr. Fernando de Mateo y Venturini Ambassador and Permanent Representative Permanent Mission of Mexico to the WTO in Geneva Mexico</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Para México los TBI son una herramienta entre otras para la promoción de inversiones. Considera que aunque no son el factor más importante, sí tienen un efecto positivo en la percepción sobre certidumbre jurídica y estabilidad institucional.</p> <p>Para esto propone que los acuerdos se negocien en base del tamaño y potencialidad de la inversión.</p> <p>También propone incorporar elementos específicos respecto a las decisiones de tribunales arbitrales en casos de inversión que hubiese enfrentado el país u otros de relevancia.</p> <p>Ofrece también el continuar con la implementación de un proyecto de capacitación a funcionarios del Estado en varios niveles para la prevención de controversias.</p>

	<p>Enfatiza la necesidad de prevenir y manejar controversias a través de mecanismos alternativos como la mediación a través de un ombudsman para prevención de conflictos.</p>
<p>Mr. Arvind Mayaram Finance Secretary Ministry of Finance Department of Economic Affairs India</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Para India las cuestiones que necesitan atención son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • TBI pueden afectar la capacidad regulatoria de los gobiernos de varias maneras y también pueden afectar las decisiones de las cortes nacionales. • Tribunales pueden utilizar los TBI para pronunciarse sobre su propia competencia que permiten que se conozcan casos para los que no tendrían competencia bajo otras condiciones. • La amplia definición de términos en los TBI permiten la práctica del treaty y fórum shopping. • TBI existentes contienen varias disposiciones que son susceptibles de interpretaciones amplias. • Actual sistema de solución de controversias inversionista-Estado (ISDS) ha creado un cuerpo de jurisprudencia inconsistente. Los árbitros carecen de independencia y con frecuencia tienen perspectivas fijas sobre temas específicos. <p>En este sentido, propone reformas:</p> <p>Revisión de los TBI suscritos con miras a entender e identificar los desafíos legales y políticos de los tratados existentes; y (b) revisar el modelo indio BIPA. De esta forma, se podría decidir si se procede con una renegociación o denuncia.</p> <p>Estados deberían clarificar las definiciones de los términos y el lenguaje de los TBI.</p> <p>Nuevos tratados deben considerar cláusulas, tales como la definición de inversión e inversionista, trato justo y equitativo y nación más favorecida.</p> <p>La primacía de los tribunales nacionales sobre el arbitraje internacional debe ser reconocido. Las decisiones de las más altas cortes nacionales no pueden ser refutadas o revisadas. Debe incluirse cláusulas ‘fork in the road’</p> <p>Establecer normas específicas para prevenir conflictos de interés de árbitros. Revisión del sistema de nombramiento de árbitros.</p> <p>Las organizaciones internacionales también pueden colocar el tema de la reforma IIA en su agenda primaria y hablar en nombre de los estados que</p>

	expresan su preocupación por las interpretaciones expansivas adoptadas por los tribunales.
<p>Mr. Hans-Joachim Henckel Deputy Director General Foreign Trade and Investment Promotion, International Finance, Foreign Economic Cooperation Federal Ministry of Economics and Energy Germany</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Observaciones sobre algunas cuestiones clave del debate público actual</p> <ol style="list-style-type: none"> 1. Código de conducta para los árbitros para definir soluciones cuando exista posibles conflictos de interés, como en el caso que abogados que han representado a diferentes partes en diferentes procedimientos de arbitraje, actúan como árbitros en otros procedimientos, sin reducir considerablemente el número y la calidad de árbitros especializados. 2. Adopción de las reglas de transparencia de UNCITRAL. 3. La transparencia de los procedimientos 4. El procedimiento arbitral suelen durar demasiado tiempo, por lo que los tribunales deberán utilizar la bifurcación para simplificar el procedimiento. 5. La consistencia o coherencia entre los TBI debe promoverse en los TBI. Se puede lograr la coherencia pero difícilmente la consistencia de términos entre los TBI. 6. Obligatorio período de negociación tal vez no sea necesario después de un periodo de enfriamiento del conflicto. 7. Apelación / revisión / decisión prejudicial. 8. Aplicar límites y montos específicos en los honorarios de árbitros y abogados. Propone que la parte que pierde cubra la totalidad de los costos, para reducir litigios sin fundamentos y permitir que el demandado decida si se defiende o no. 9. Financiamiento por terceros debe ser tratado y por lo menos debe ser transparente y el financista no debe tener influencia alguna en la materia del proceso.
<p>Ms. Yongjie Li Director, Department of Treaty and Law Ministry of Commerce China</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Se propone incluir en sus TBI mayor estabilidad y transparencia; es decir, ofrecer al inversionista trato nacional respecto de constitución y compras.</p> <p>Propone dos reformas específicas al sistema: definir claramente quien puede presentar qué tipo de disputa a arbitraje de inversión.</p> <p>Incluir posibilidad de revisión y compensación por error de un tribunal en la interpretación y aplicación en decisiones respecto a la responsabilidad del Estado.</p>
<p>Ms. Adriana Vargas Saldarriaga Director, Foreign</p>	<p>Colombia considera varios puntos técnicos con propuestas concretas de reforma a nivel nacional e internacional:</p>

<p>Investment Services and Intellectual Property Ministry of Commerce Industry and Tourism Colombia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Se prepara un documento de política pública que analiza la posibilidad de renegociación de los TBI suscritos y una actualización del TBI modelo de Colombia.</p> <p>Se propone actualizar los TBI incluyendo cláusulas específicas para la protección de la inversión y el arbitraje de inversiones, y las inversiones responsables y sustentables.</p> <p>El TBI modelo incluye la reserva del Estado para regular en caso de dificultades en balance de pagos o problemas de administración macroeconómica.</p> <p>Más aún, se incorpora la posibilidad que el Estado aplique medidas regulatorias en el ámbito del medio ambiente o laboral.</p> <p>El modelo de TBI no cubre las disputas de los actos o hechos que tuvieron lugar antes de la entrada en vigor del Acuerdo.</p> <p>Respecto del arbitraje de inversiones el TBI modelo incluye disposiciones respecto a los momentos para consulta y negociación, y el periodo de enfriamiento.</p> <p>Propone también la creación de una comisión ad-hoc que actúe como instancia de apelación que revise errores de hecho y derecho.</p>
<p>Ms. Wafaa Sobhy Ibrahim Vice Chairman General Authority for Investment (GAFI) Egypt</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Egipto indica que tuvo la necesidad de revisar y reformas los múltiples defectos de los TBI suscritos en los 90. Estos TBI incluyen la posibilidad de demanda en arbitraje de inversión por el uso de la capacidad regulatoria del Estado. Indica que los TBI tienen cláusulas con definiciones amplias que pueden afectar la capacidad de establecer estrategias de desarrollo.</p> <p>Egipto ha elaborado un TBI modelo que permite la regulación por parte del Estado y excluye el trato nacional a ciertos sectores. Este servirá para la revisión de TBI bilaterales y multilaterales.</p> <p>Este nuevo modelo incluye aspectos como la transparencia que asegurará la protección del inversionista a través de un entorno de seguridad jurídica, la previsibilidad y la seguridad nacional sin bajar los estándares internacionales de la salud, la seguridad y el medio ambiente.</p>

	<p>A nivel nacional, se realiza la modificación de leyes nacionales de inversión y compilarlos en un nuevo código de promoción de inversiones. Este nuevo proyecto de código afirma el derecho del Estado a regular, y su derecho a expropiar por causa de utilidad pública.</p> <p>Propone que la UNCTAD desarrolle un plan de trabajo para una gradual pero completa reforma del sistema.</p>
<p>Ms. Samira Sulejmanovic Head of Unit Bilateral Trade Relations Ministry of Foreign Trade and Economic Relations Bosnia and Herzegovina</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Bosnia y Herzegovina realiza su análisis en el World Investment Report 2014 de la UNCTAD. Ha identificado algunas opciones de política en la reforma de los acuerdos internacionales de inversión. Sugiere que corresponde a cada Estado decidir la opción o su combinación que mejor se ajusta según sus necesidades. Recomendamos, como en su caso, que las reformas se realicen de forma progresiva durante cierto período de tiempo y que se incluyan un conjunto de diferentes acciones, algunas ofrecidas por la UNCTAD.</p>
<p>Mrs. Patience Okala Legal Adviser Investment Promotion Commission (NIPC) Nigeria</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Nigeria ofrece su preocupación y propone propuestas de reforma.</p> <p>Preservar el derecho de los Estados de regular en interés público y preservar los objetivos de política pública.</p> <p>Propone la inclusión de un etapa de mediación preliminar previo al inicio del arbitraje.</p>
<p>Ms. Vanessa Rivas Plata Saldarriaga Investment Affairs Coordinator National Directorate of Multilateral Affairs and International Trade Negotiations Vice Ministry of Foreign Trade Peru</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Propone que un TBI moderno debe incluir una cláusula que indique que la aplicación de regulaciones no discriminatorias diseñadas y aplicadas para proteger el interés público no constituyen expropiación indirecta.</p> <p>Propone también que se incluya salvaguardas para prevenir y mitigar posibles crisis financieras que permitan al Estado la aplicación de medidas temporales en caso de dificultades en la balanza de pagos o financiamiento externo, entre otros.</p> <p>Adicionalmente indica que estas medidas se apliquen temporalmente y no de forma discriminatoria y que se notifique de forma previa.</p> <p>Además, propone que se ofrezca la posibilidad de auto regulación voluntarias para la implementación de inversión responsable.</p>

<p>Ms. Andrea Holíková Director of Specific State Operations Ministry of Finance of the Slovak Republic Slovakia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Slovakia considera que la transparencia incrementará el nivel de la conciencia pública.</p> <p>Slovakia realiza propuesta de reforma de manera concisa y específica, que incorpora la mayoría de propuestas realizadas por los Estados en el foro:</p> <ul style="list-style-type: none"> • Aprobación del Reglamento de la CNUDMI sobre la Transparencia. • Creación de un TBI modelo que incorpora principios de los documentos de la UNCTAD y la jurisprudencia internacional. • Describe las más importantes características del TBI modelo: • Definición específica de inversión e inversionista. Indica que la inversión debe realizarse de acuerdo con la legislación nacional y su incumplimiento resultaría en la eliminación de la protección del TBI. • La aplicación de las disposiciones del TBI se limita a lo posterior a su suscripción. • Cláusula especial enumera aquellos sectores sensibles que no tienen protección de inversión. • Trato nacional y nación más favorecida debe ser analizada en circunstancias similares y la cláusula de nación más favorecida no puede beneficiarse de otros TBI. • La cláusula respecto a la expropiación indica reglas específicas para el cálculo y pago de compensación y determina los actos del Estado que no se pueden constituir como expropiación indirecta. • Las disposiciones de arbitraje de inversiones están diseñadas para prevenir demandas de inversionistas especulativos y limitar la discreción negativa de los tribunales. Además, se obliga al agotamiento de los recursos internos antes de recurrir al arbitraje de inversión.
<p>Mr. Irmuun Demberel Director Consultancy and Services Division Invest Mongolia Agency Mongolia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Considera necesario incluir cláusulas que clarifiquen el término trato justo y equitativo.</p> <p>Mongolia considera que la UNCTAD es la institución adecuada para tomar la iniciativa en la elaboración de directrices basadas en las mejores prácticas en reformas al sistema. Propone que se elabore una guía práctica de trabajo para la reforma en el contexto de la UNCTAD para promover la inversión para el cumplimiento de los Objetivos de Desarrollo Sostenible (ODS).</p>

	<p>Propone la modernización del sistema de protección de inversión extranjera, que incluye el acogimiento de conductas voluntarias por parte del inversionista, un balance entre los derechos y obligaciones de los inversionistas y la protección del interés público.</p>
<p>Ms. Irena Alajbeg Head, Trade and Economic Agreements Department Directorate for Trade Policy and Economic Multilateral Affairs Ministry of Foreign and European Affairs Croatia</p> <p>World Investment Forum/IIA Conference/ UNCTAD 16-10-2014</p>	<p>Croacia realiza una identificación de aquellas críticas al sistema que surgen a partir de una serie de problemas en su funcionamiento. Las principales son:</p> <ul style="list-style-type: none"> • No existe evidencia de que la suscripción de TBI incremente la inversión extranjera directa. Más bien existe un crecimiento en el número de casos de arbitraje de inversiones. • Los casos implican altos costos para el Estado en arbitraje y defensa legal. • Financiamiento de terceros que se une con demandas temerarias. • Se limita la capacidad regulatoria del Estado. • El sistema no ofrece estabilidad y certitud legal, más bien existen laudos contradictorios, imposibilidad de ejecutar laudos, procedimientos poco transparentes y un mecanismo de apelación insuficiente. <p>Considera que la creación de un tribunal internacional de inversiones o de un mecanismo de apelaciones podría ser la solución adecuada en el largo plazo.</p>

Fuente: CAITISA

Elaboración: CAITISA