

Universidad Andina Simón Bolívar

Sede Ecuador

Área de Derecho

Maestría de Investigación en Derecho

La solución de controversias en materia de inversión extranjera
Alternativas para el Ecuador en el marco de la negociación de nuevos acuerdos de inversión

Mariangel Muñoz Vicuña

Tutora: María Augusta León Moreta

Quito, 2021



Cláusula de cesión de derechos de publicación

Yo, Mariangel Muñoz Vicuña, autora de la tesis intitulada “La solución de controversias en materia de inversión extranjera: alternativas para el Ecuador en el marco de la negociación de nuevos acuerdos de inversión” 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 de investigación en Derecho, por 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 Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, utilizar y usar esta obra por cualquier medio conocido o por conocer, siempre y cuando no se lo haga para obtener beneficio económico. Esta autorización incluye la reproducción total o parcial en los formatos virtual, electrónico, digital, óptico, como usos en red local y en internet.
2. Declaro que en caso de presentarse cualquier reclamación de parte de terceros respecto de los derechos de autor de la obra antes referida, yo asumiré toda responsabilidad frente a terceros y a la Universidad.
3. En esta fecha entrego a la Secretaría General, el ejemplar respectivo y sus anexos en formato impreso y digital o electrónico.

03 de marzo de 2021

Firma: _____

Resumen

Este estudio aborda las alternativas de solución de controversias sobre inversión extranjera que Ecuador podría adoptar en el marco de la negociación de los tratados de inversión extranjera en concordancia con la normativa constitucional y las nuevas tendencias internacionales. Por eso se describe el actual régimen de solución de controversias en materia inversión extranjera, identificando los principales enfoques críticos que a escala internacional se han posicionado sobre el arbitraje internacional inversor-Estado.

También, se observan los elementos jurídicos sustantivos y las nuevas tendencias registradas en las cláusulas de solución de controversias de los nuevos acuerdos de inversión suscritos por los cinco principales socios del Ecuador en materia de inversión extranjera y su sintonía con las propuestas de la Unctad. Se deja, además, en evidencia la proyección al cambio de paradigma en las relaciones inversor-Estado.

Asimismo, considerando que los avances en materia constitucional alcanzados por Ecuador, a partir de 2008, impulsaron una serie de acciones y procesos de transformación del régimen de solución de controversias a escala nacional, se identifican los elementos más importantes de los procesos de la declaratoria de inconstitucionalidad y consecuente denuncia de los tratados bilaterales de inversiones (TBI). Estos elementos son la auditoría de la comisión ciudadana denominada Caitisa; la propuesta de implementación de un centro regional de solución de controversias a nivel de la Unasur y la suscripción del acuerdo comercial con la Unión Europea.

Además, examina el actual ordenamiento jurídico ecuatoriano, su institucionalidad y la normativa que enmarcan la solución de controversias en materia de inversión extranjera, destacando sus principales aspectos. Finalmente, delinea las alternativas de solución de controversias que tiene Ecuador en el marco de la negociación de acuerdos de inversión extranjera, teniendo presente que la determinación de las disposiciones de la cláusula de solución de controversias depende de la decisión de las partes, en la cual el país tiene la oportunidad de construir una propuesta coherente con su realidad.

Palabras clave: inversión extranjera, mecanismos de solución de controversias, TBI, acuerdos de inversión, arbitraje inversor-Estado, régimen de solución de controversias

Agradecimientos

Mi más sincero y profundo agradecimiento:

A mi familia, por acompañarme en cada momento de mi vida, por ser mi inspiración y mi ejemplo.

A mi tutora, doctora María Augusta León, por su generosidad y apoyo académico en el desarrollo de esta investigación, que marcó el impulso para la consolidación de los objetivos de esta tesis.

Tabla de contenidos

Figuras y tablas.....	13
Abreviaturas.....	15
Introducción.....	17
Capítulo primero: Régimen de Solución de Controversias en materia de inversión extranjera a escala internacional.....	19
1. Aspectos introductorios sobre la solución de controversias como parte del régimen de protección de inversiones	19
1.1 La solución de controversias en el marco de los acuerdos internacionales de inversión	25
1.2 El arbitraje internacional como principal mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones y foros predominantes	33
1.3 Principales críticas al arbitraje internacional inversor-Estado.....	42
1.4 Otros mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones....	47
Capítulo segundo: La solución de controversias en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible propuestas por la Unctad y las tendencias en los nuevos acuerdos de inversión	51
1. Alternativas en la solución de controversias en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible propuestas por la Unctad.....	52
1.1 Otras alternativas prácticas en la solución de controversias.....	58
1.1.1 Alcance de las controversias	59
1.1.2 Mecanismos de solución de controversias	60
1.1.3 Derecho aplicable a la solución de controversias.....	62
1.1.4 La naturaleza y el alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias	62
2. Casos de estudio: aspectos jurídicos, procedimentales e institucionales de los mecanismos de solución de controversias en los nuevos acuerdos de inversión	63
3. Tendencias y lineamientos jurídicos en la solución de controversias identificados en los casos de estudio, que guardan concordancia con las propuestas planteadas por la Unctad.....	72
3.1 Alcance de las controversias	73

3.2	Mecanismos de solución de controversias	75
3.3	Derecho aplicable a la solución de controversias	80
3.4	Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias.....	82
Capítulo tercero: Alternativas para Ecuador en el marco de la solución de controversias en materia de inversión extranjera.....		85
1.	Régimen actual de solución de controversias en materia de inversiones en el Ecuador.....	86
1.1	Principales precedentes que delinear el régimen actual de solución de controversias en materia de inversión extranjera	86
1.2	Marco legal en materia de inversión extranjera.....	99
1.3	Marco institucional en materia de inversión extranjera.....	106
1.4	Contratos de Inversión, mecanismos de solución de controversias y otros instrumentos en materia de inversiones.....	112
1.4.1	Contratos de Inversión	112
1.4.2	Mecanismos de solución de controversias establecidos en la normativa ecuatoriana.....	115
2.	Alternativas jurídicas, procedimentales e institucionales para el Ecuador en la solución de controversias en materia de inversión extranjera, en el marco de la negociación de los nuevos acuerdos de inversión	119
2.1	Alternativas en la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera, que resultarían útiles como punto de partida para el proceso de negociación de nuevos acuerdos de inversión.....	120
2.1.1	Alcance de las controversias	120
2.1.2	Mecanismos de solución de controversias	121
2.1.3	Derecho aplicable a la solución de controversias.....	124
2.1.4	Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias.....	125
2.2	Propuesta del contenido de la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera.....	126
2.2.1	Alcance de las controversias	126
2.2.2	Mecanismos de solución de controversias	127
2.2.2.1	Mecanismos Estado-Estado.....	127
2.2.2.2	Mecanismos Inversor-Estado	128

2.2.2.3	Derecho aplicable a la solución de controversias	130
2.2.2.4	Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias	130
2.2.2.5	Mecanismos que fortalecen la relación inversor-Estado y previenen controversias	131
2.2.2.5.1	Creación del Comité Conjunto	131
2.2.2.5.2	Mecanismos de prevención	131
2.2.2.5.3	Mecanismos para el fortalecimiento de la relación inversor-Estado y Estado-Estado	132
2.3	Lineamientos jurídicos a incluir en los contratos de inversión y tratamiento normativo de sectores estratégicos	132
2.4	Las alternativas planteadas en el marco de la solución de controversias en materia de inversión extranjera como respuesta a la problemática del sistema de arbitraje internacional	135
	Conclusiones.....	139
	Bibliografía.....	145

Figuras y tablas

Figura 1. Estructura institucional en materia de inversiones establecida en el Copci..	110
Figura 2. Estructura Institucional en materia de inversiones establecida en Decreto 252	111
Tabla 1 Inversión directa en Ecuador, cinco principales países de América	64
Tabla 2 Acuerdos de Inversión suscritos a partir del año 2015 por principales países de América de origen de Inversión Extranjera Directos para Ecuador	64
Tabla 3 Alcance de controversias en el estudio de casos	65
Tabla 4 Mecanismos de solución de controversias	67
Tabla 5 Derecho aplicable en la solución de controversias.....	69
Tabla 6 Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos	71
Tabla 7 Actual marco normativo de inversiones en Ecuador.....	105
Tabla 8 Comparativo de los entes rectores del fomento, regulación y gestión de la inversión	107

Abreviaturas

AMI	: Acuerdo Multilateral de Inversiones
APP	: Asociaciones Público-Privadas
Caitisa	: Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje de Inversiones
CCI	: Cámara de Comercio Internacional
Cepal	: Comisión Económica para América Latina y el Caribe
CIAC	: Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial
Ciadi	: Centro Internacional de arreglo de Diferencias relativas a inversiones
CNUDMI	: Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional
Cepai	: Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones
COA	: Código Orgánico Administrativo
Cogep	: Código Orgánico General de Procesos
Copci	: Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones
CPA	: Corte Permanente de Arbitraje
IED	: Inversión Extranjera Directa
ISDS	: Investor-State Dispute Settlement
LCIA	: Corte de Arbitraje Internacional de Londres
DIFC-LCIA	: Corte de Arbitraje Internacional de Londres - Dubai,
LCIA India	: Corte de Arbitraje Internacional de Londres - India
LCIA-MIAC	: Corte de Arbitraje Internacional de Londres – Mauricio
MASC	: Métodos alternativos de solución de controversias
Mercosur	: Mercado Común del Sur
OCDE	: Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico
OEA	: Organización de Estados Americanos
OMC	: Organización Mundial del Comercio
ONU	: Organización de las Naciones Unidas
OXI	: Occidental Exploration and Production Company
TBI	: Tratado Bilateral de Inversión
TLCAN	: Tratado de Libre Comercio de América del Norte

T-MEC	: Tratado de Comercio entre Estados Unidos-México-Canadá
Unasur	: Unión de Naciones Suramericanas
Uncitral	: United Nations Commission on International Trade Law
Unctad	: United Nations Conference on Trade and Development

Introducción

En la última década el arbitraje internacional inversor - Estado enfrenta críticas a nivel global. Su problemática está enmarcada como una crisis de legitimidad, debido a la falta de imparcialidad y transparencia y el alto riesgo para el interés público, lo cual está llevando a la revisión y transformación de los mecanismos para la solución de controversias y el arbitraje internacional, sobre todo considerando la ola de renovación de los acuerdos de inversión extranjera que se desarrolla a nivel mundial.

En este ámbito, existe un consenso global entre varios países desarrollados y en desarrollo, organismos multilaterales como la Unctad y distintos foros de arbitraje, que reconocen la necesidad de reformas en el ámbito sustantivo, así como procedimental para que los futuros tratados sean capaces de salvaguardar los derechos de ambas partes.

El Ecuador, como Estado receptor de inversión extranjera, ha enfrentado insólitos casos de arbitraje internacional inversor-Estado, con los consecuentes perjuicios debido a las indemnizaciones millonarias y afectaciones al interés público; y, está a las puertas de negociar nuevos tratados o acuerdos ya que denunció los anteriores tratados bilaterales de inversión (en adelante, TBI), luego de haber sido declarados inconstitucionales. En este contexto, es necesario plantear alternativas para la solución de controversias en materia de inversión extranjera, y que guarden concordancia tanto, con la normativa constitucional cuanto, con las nuevas tendencias internacionales acordes a las políticas de inversión para el desarrollo, dotándolos de mayor legitimidad y equilibrio.

En el capítulo uno se describe el actual régimen internacional de solución de controversias a nivel internacional, identificando los mecanismos que existen a más del arbitraje internacional. Además, señala los enfoques críticos que los organismos internacionales especializados han emitido respecto al arbitraje internacional inversor-Estado, sobre la base de tres ejes: la falta de imparcialidad, la poca transparencia y el alto riesgo para el interés público.

El capítulo dos aborda con la descripción de las propuestas para la solución de controversias de la Unctad en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible. Posteriormente, se describe los principales elementos jurídicos de las cláusulas de solución de controversias de los recientes acuerdos de inversión extranjera suscritos por los cinco principales países socios del Ecuador en esta materia; los cuales son

cotejados con las propuestas de la Unctad, a fin de determinar su inclusión y las nuevas tendencias existentes en el régimen de solución de controversias.

El capítulo tres incluye una caracterización de la situación actual del régimen de solución de controversias en materia de inversiones en el Ecuador, identificando los principales factores del proceso de denuncia de los tratados bilaterales de inversión – TBI, las conclusiones de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y el Sistema de Arbitraje para Inversiones (en adelante, Caitisa); las lecciones aprendidas en el marco de la propuesta de creación del Centro de Solución de Controversias de la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante, Unasur); el acuerdo comercial Ecuador-Unión Europea; y el actual ordenamiento jurídico, la institucionalidad y la normativa ecuatoriana en esta materia. Finalmente, se identifica y delinea las alternativas jurídicas, procedimentales e institucionales para la solución de controversias que resultarían viables en el marco de la negociación de nuevos acuerdos de inversión a ser suscritos por el Ecuador.

Capítulo primero

Régimen de Solución de Controversias en materia de inversión extranjera a escala internacional

El actual régimen de solución de controversias en materia de inversión extranjera establece al arbitraje internacional como principal mecanismo para la solución de controversias inversor-Estado, mecanismo que generalmente se ha incorporado en los acuerdos y tratados de inversión, pues los inversores lo han concebido como una garantía de protección a sus derechos, mientras los Estados lo han visto como una estrategia para atraer capital extranjero elevando su nivel de riesgo ante la posibilidad de ser sometidos a un proceso de arbitraje internacional; es por esto que resulta importante describir el actual régimen de solución de controversias identificando los mecanismos que existen, a más del arbitraje internacional, destacando sus características; y las críticas que a nivel de la academia y organismos internacionales especializados en la temática de inversiones han realizado al arbitraje internacional sobre la base de tres ejes: 1) la falta de imparcialidad, 2) la poca de transparencia y 3) el alto riesgo para el interés público.

1. Aspectos introductorios sobre la solución de controversias como parte del régimen de protección de inversiones

El derecho de las inversiones extranjeras como un régimen complejo por su diversidad convencional recogido en instrumentos jurídicos de fuente internacional, ha llegado a relativizar el derecho autónomo de los Estados; su complejidad también responde a los intereses que representa, donde confluyen tanto los intereses del Estado receptor de inversión, el Estado de donde es nacional el inversor, así como los intereses propios del inversionista.

El derecho de las inversiones ha sido identificado como un derecho “globalizado” convertido en un medio de referencia para uniformizar las normas y estándares de protección y promoción de la inversión extranjera a nivel global, en el que se incluyen

propios mecanismos de solución de controversias, como alternativa a la jurisdicción interna que ofrecen los Estados receptores de la inversión.¹

Antes de identificar lo que consiste el régimen de protección de inversiones, debemos partir de lo que se entiende por inversión reconociendo primero que a fin de que una inversión extranjera sea protegida en el ámbito del Derecho Internacional, dependerá de lo que un convenio internacional contemple como inversión. Regularmente en el ámbito de los acuerdos de inversión se establece una generalizada y amplia conceptualización de lo que debe entenderse como inversión, pues puede tratarse de inversiones directas como de inversiones de portafolio,² activos fijos o acciones, bienes tangibles o intangibles, incluyendo participaciones, derechos contractuales y propiedad intelectual.

De tal forma que en los acuerdos de inversión generalmente se establece una lista amplia y general, indicativa mas no taxativa, respecto a lo que debe entenderse como inversión, con el objetivo de que la mayor parte de activos y de derechos puedan ser protegidos por el sistema; abriendo un amplio abanico de rubros que deben concebirse como inversión, lo que genera incertidumbre y riesgo, por la falta de precisión, para la parte que adquiere obligaciones es decir para el Estado receptor.

La protección de inversiones reconoce garantías al derecho de propiedad del inversor extranjero es decir a los derechos patrimoniales, aquellos que se pueden enajenar; de tal forma que el derecho de propiedad es protegido de una expropiación, nacionalización o de una limitación a su disfrute conocida como una expropiación indirecta o de facto, incluidas aquellas medidas regulatorias que nacen de las atribuciones propias del Estado para regular áreas de interés general,³ y que modifican la situación sobre la cual inició la inversión trastocando las proyecciones en el rendimiento económico que tenía el inversor extranjero.⁴

Partiendo de lo que significa régimen internacional, tal como lo señala Krasner es “un conjunto de principios implícitos o explícitos, normas, reglas y procedimientos de toma de decisiones alrededor de los cuales las expectativas de los actores convergen en

¹ Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras* (Barcelona: Editorial Bosch, 2010), 37-8.

² Matthias Herdegen, *Derecho económico internacional* (Bogotá: Editorial Universidad del Rosario 2012), 384-5.

³ Medidas administrativas y regulatorias para proteger el medio ambiente, los derechos de los trabajadores o la salud pública, pueden ser consideradas por tribunales arbitrales como medidas equivalentes a la expropiación.

⁴ Herdegen, *Derecho económico internacional*, 358-61.

una determinada área de las relaciones internacionales” con el objetivo de delimitar, controlar y regular las acciones de los participantes dentro del régimen.⁵

Por su parte Gutiérrez rescata que los regímenes internacionales no deben ser concebidos como instancias supranacionales sino como una consecuencia o resultado de las voluntades e interés de las partes, abocados a la consecución de sus objetivos, por lo que, en caso de darse una transformación en lo relacionado al régimen de inversión extranjera, esta será el resultado de las voluntades de sus miembros.⁶

En tanto, al referirse al régimen de protección de la inversión extranjera vale destacar que este se ha desarrollado a partir de la convergencia de las relaciones económicas y comerciales entre inversor, Estado receptor y Estado exportador de inversión, basada en el principio de promoción y protección de inversiones; de tal forma el Estado receptor establece instrumentos que dan certeza jurídica al inversor extranjero y el Estado emisor de la inversión extranjera identifica las garantías otorgadas a favor del inversor, que es su nacional.⁷

Como bien lo reconoce la profesora Magdalena Bas en todo régimen internacional como el de inversiones, los Estados al ser soberanos pueden decidir ser parte con la suscripción de acuerdos internacionales que se relacionen a la materia, o pueden decidir permanecer fuera de este, incluso con el establecimiento de un régimen alternativo.⁸

La protección a las inversiones se instituyó inicialmente en base a lo que disponía la doctrina clásica del derecho internacional, basaba en las reglas del derecho internacional de la expropiación y las reclamaciones entre Estados (exportador y receptor) a través de la protección diplomática;⁹ sin embargo, fue considerado insuficiente ya que no se reconocía la subjetividad internacional del inversor privado y con esto su capacidad para reclamar o demandar directamente al Estado la reparación por un perjuicio sufrido en su propiedad; se veían entonces obligados a recurrir a la protección diplomática a través del Estado del que era su nacional, dejando la resolución de su controversia al ámbito político.¹⁰

⁵ Stephen Krasner, 1983, citado en María Teresa Gutiérrez, “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”, *Revista Norteamérica*, 11, n.º 2 (2016): 112, doi: 10.20999/nam.2016.b005.

⁶ *Ibíd.*, 113.

⁷ Magdalena Bas Vilizzio, “Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales?”, *Relaciones Internacionales* 27 (2018): 165, doi: 10.24215/23142766e032.

⁸ *Ibíd.*

⁹ Herdegen, *Derecho económico internacional*, 358-61.

¹⁰ Rubén Tempone, *Protección de inversiones extranjeras* (Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003), 71.

Fue entonces que, con el auge de las inversiones extranjeras así como la identificación de posibles riesgos para estas en los Estados receptores, se llevó a cabo un proceso controversial, en la medida que el reconocimiento de los derechos y garantías para las inversiones extranjeras implicaba a su vez la restricción de ciertas facultades soberanas de los Estados receptores. En ese mismo sentido, mientras se concebía a la relación Estado – inversor extranjero como una relación regulada exclusivamente por el derecho interno, quedando sometido a un trato nacional y sujeto a las regulaciones del Estado receptor; cosa distinta ocurría si la relación se desarrollaba en el marco del derecho internacional, ya que las facultades y el poder del Estado se debilitan frente al orden internacional.¹¹

En el proceso de reconocimiento de derechos y garantías para la inversión extranjera, y la definición de las obligaciones de los Estados receptores, se destacan dos ejes fundamentales en relación a las normas de trato de la inversión extranjera, y los mecanismos de solución de controversias:

a. De acuerdo a la doctrina clásica, y ante la falta de un régimen convencional, el Estado receptor debía cumplir con el estándar mínimo internacional que de no observarlo incurría en una “responsabilidad internacional respecto al Estado de la nacionalidad del extranjero afectado, legitimando a este último [...] a activar el mecanismo de la protección diplomática”.¹²

La protección diplomática procedía habiendo cumplido la regla de agotamiento de los recursos internos ofrecidos en el Estado receptor cuyo fundamento ha sido “el respeto a la soberanía y jurisdicción del Estado que es competente para tratar la cuestión ante sus propios órganos judiciales o de otra índole”.¹³ En el mismo sentido, tal como lo describe Adolfo Miaja de la Muela la protección diplomática podía ejercerse solo cuando una reclamación de los inversores hubiere agotado los recursos internos o cuando no hubiese tenido una adecuada vía administrativa o judicial en el ordenamiento nacional, solo entonces los inversionistas podían requerir la protección diplomática de su Estado de origen.¹⁴

¹¹ *Ibíd.*, 25-9.

¹² Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*, 75.

¹³ Eduardo Jiménez de Aréchaga, *El Derecho internacional contemporáneo* (Madrid: Tecnos, 1980), 379, citado en Iñigo Iruretagoiena Agirrezabalaga, *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras* (Barcelona: Editorial Bosch, 2010), 77.

¹⁴ Adolfo Miaja de la Muela, “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *Revista Española de Derecho Internacional* 22, n.º 1 (1969): 9.

b. Frente a la desconfianza del inversor para someterse a tribunales del Estado receptor, así como la insuficiencia en la protección a sus intereses a través de la protección diplomática, los inversores buscaron medios diferentes, alternativas distintas, para la solución de controversias tales como el arbitraje.¹⁵

Adolfo Miaja de la Muela destaca las ventajas de la cláusula arbitral en los acuerdos de inversión, ya que se podía evitar el agotamiento de los recursos internos como requisito previo para acceder a la instancia arbitral; así como establecer como derecho aplicable el derecho interno o internacional; y, a su vez, mantener la posibilidad de impulsar la protección diplomática pues, podía impulsarse cuando el Estado demandado a través del arbitraje se rehusase al cumplimiento del laudo.¹⁶

Es preciso resaltar que a nivel de la comunidad internacional se aprobó la Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados,¹⁷ que reconoce las facultades de los Estados respecto a la inversión extranjera para reglamentar y ejercer autoridad sobre esta, en el marco de su jurisdicción, además de supervisar las actividades de empresas transnacionales. La Carta no tuvo precisamente el respaldo de los países exportadores de inversión y en tal medida no fue aprobada como un acuerdo multilateral sino como una resolución. Las evidentes divergencias entre los intereses de los Estados exportadores e importadores de inversión, se han mantenido en el tiempo y se han visto reflejadas en sus posturas frente al tratamiento a la propiedad extranjera, por un lado, y al reconocimiento de la soberanía de los Estados y el ejercicio de sus facultades, por otro.

Por esta razón, los Estados exportadores de inversión por su propia iniciativa buscaron materializar la protección y promoción a las inversiones de sus nacionales a través del Acuerdo Multilateral de Inversiones (en adelante, AMI), pues el derecho internacional general no contempla de forma específica las garantías necesarias, tanto en derechos como mecanismos de solución de controversias; propuesta que no se concretó pues la participación en bloque de Estados receptores de inversión, tanto latinoamericanos y en desarrollo, no acogían las posturas de sus promotores, que resultaron ser minoritarias.

Al no concretarse un acuerdo multilateral en materia de inversiones, la única posibilidad de acoger la visión de los Estados exportadores de inversión enfocada en

¹⁵ A inicios del siglo XX se establecieron formalmente comisiones mixtas de reclamación y los tribunales arbitrales, a partir de los acuerdos entre los Estados. En estas instancias, los particulares podían presentar reclamos directamente sin que sus Estados de origen sean intermediarios.

¹⁶ Adolfo Miaja de la Muela, "Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras", 11.

¹⁷ ONU Asamblea General, *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*, diciembre 1974, art. 2, Resolución 3281, <https://dudh.es/carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-estados/>.

materializar convencionalmente las garantías y protección a las inversiones de sus nacionales, fue a través de un abordaje directo con la firma de tratados de inversión (TBI) suscritos entre los Estados exportadores y receptores de inversión, estos últimos al encontrarse ávidos de inversión finalmente cedieron a las condiciones establecidas por el capital.

En el intento de equilibrar las relaciones entre el inversionista extranjero y el Estado receptor, los acuerdos bilaterales son concebidos como instrumentos jurídicos de protección de inversiones que consagran estándares de protección de inversiones y procedimientos para la solución de controversias a través del convenio arbitral que sustituye a la protección diplomática.¹⁸ De tal forma, los tratados de inversión son percibidos por el inversor extranjero como una garantía para proteger su propiedad en el exterior; y tal como lo describe Tempone se pueden identificar dos efectos jurídicos principales de estos instrumentos:¹⁹

Por un lado, establecen las obligaciones y responsabilidades que deben garantizar los Estados receptores de la inversión extranjera en cuanto al trato y protección.

Y por otro, reconocen la capacidad procesal del inversor extranjero para impulsar un proceso arbitral contra el Estado receptor cuando surja una controversia. Eliminándose ciertos requisitos que el orden jurídico internacional imponía, pues el inversor extranjero no requerirá de su Estado nacional para llevar a cabo el reclamo contra un Estado (receptor de inversión).

Las obligaciones para los Estados parte, que constan en los acuerdos o tratados internacionales, se convierten en obligaciones internacionales, razón por la que se considera que el incumplimiento de un tratado conlleva una responsabilidad internacional para el Estado. Entre las obligaciones que adquieren las partes al suscribir un acuerdo internacional en materia de inversiones, se puede identificar aquellas que nacen del principio de promoción y protección de inversiones que a su vez da lugar a otros principios como son los aquellos identificados como principios derivados, tales como:²⁰ trato nacional; trato justo y equitativo; garantía y compensación por expropiación; garantía de libre traspaso de fondos y transferencia a de capitales y ganancias al exterior; solución de controversias entre las cuales se encuentran la solución de controversias inversor-Estado a través de arbitraje internacional.

¹⁸ Herdegen, *Derecho económico internacional*, 383-6.

¹⁹ Tempone, *Protección de Inversiones Extranjeras*, 32.

²⁰ Bas Vilizzio, “Régimen de solución de controversias inversor-Estados”, 165.

Vale destacar que estos principios generalmente son parte de la estructura básica de los tratados de inversión o de los acuerdos comerciales que mantienen capítulos sobre inversiones, los mismos que constan como disposiciones o normas jurídicas que, vienen a ser garantías directas para los inversores extranjeros y a la vez obligaciones que asumen los Estados receptores; respecto a estas normas jurídicas pueden identificarse, las de tratamiento y de protección.²¹

Dentro de las normas de protección están aquellas que se refieren a la solución de controversias, a sus mecanismos y procedimientos, tal es el caso de las cláusulas que disponen que el Estado receptor y el inversionista se someterán al procedimiento de arbitraje internacional, conforme a las reglas del Centro Internacional de arreglo de Diferencias relativas a inversiones (en adelante, Ciadi), descartando las facultades jurisdiccionales o administrativas que tiene el Estado receptor para propiciar la solución de la controversia; y, en su lugar comprometiéndose en acudir a una instancia arbitral para solucionar las controversias que pueden presentarse en el desarrollo de la relación inversionista-Estado.

1.1 La solución de controversias en el marco de los acuerdos internacionales de inversión

Conforme a fuentes académicas, cuando se intenta definir lo que significa una controversia es necesario remitirse a la conceptualización que la Corte Permanente de Justicia Internacional hizo en el caso de las concesiones Mavrommatis en Jerusalén (Grecia / Gran Bretaña) al establecer que: “Una controversia es un desacuerdo sobre un punto de derecho o de hecho, una contradicción, una oposición de tesis jurídicas o de intereses entre dos personas”.²²

Aún más explícita es la definición que hace su predecesora, la Corte Internacional de Justicia en el caso de Camerún contra Nigeria sobre el asunto relativo a la frontera terrestre y marítima, cuando dice: “Para establecer la existencia de una controversia hay que demostrar que la reclamación de una parte se enfrenta al rechazo manifiesto de la otra

²¹ Tempone, *Protección de inversiones extranjeras*, 50.

²² Es el concepto que la Corte Permanente de Justicia Internacional realizó al termino controversias dentro de la “Sentencia de octubre de 1927”, *Caso Mavrommatis en Jerusalén – Grecia / Gran Bretaña*, citado en María Teresa Infante Caffi, *La solución judicial de controversias entre Estados*, (Perú: Revista Derecho, Pontificia Universidad Católica del Perú), n.º 41 (1987): 63, http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_041.html.

parte y, además, que la existencia de dicha controversia se determine de forma objetiva”.²³ De hecho, las controversias o los conflictos pueden ser consideradas como aquellas situaciones que generan oposición o divergencia entre dos o más partes, sobre un punto de hecho o de derecho, y que acarrea de la parte que se siente afectada la presentación de una demanda o queja, que a su vez no es acogida por la otra parte; por esta razón el término controversia es utilizado como sinónimo de litigio, diferendo, disputa o conflicto.

Cuando se abordan las controversias internacionales sin duda se puede identificar que el conflicto se desenvuelve entre sujetos reconocidos por el derecho internacional, ya sean Estados, organizaciones internacionales, empresas, etc., estas controversias pueden tratarse sobre cuestiones de hecho o de derecho, de la más variada índole; donde la normativa, un tratado o convenio establecerá los mecanismos e instancias competentes para la solución de dichas controversias, y en algunos casos se determinará como requisito previo el evacuar inicialmente las instancias locales para luego poder acudir a instancias internacionales, buscando una solución a la controversia.

A lo largo de la historia varias han sido las convenciones y tratados que han reafirmado la necesidad de desarrollar medios y mecanismos para la solución de controversias internacionales que garanticen la paz y la seguridad internacionales, no solamente enfocados a solucionar o eliminar las amenazas a la paz, sino también para prevenir posibles conflictos y esto ha sido posible desarrollarlo a partir del principio de la solución pacífica de controversias. En este contexto el derecho internacional en general y específicamente ciertas convenciones²⁴ o tratados internacionales como la Carta de las Naciones Unidas imponen a los Estados la obligación de solucionar “sus controversias internacionales por medios pacíficos [...] que no se pongan en peligro ni la paz y la seguridad internacionales ni la justicia, [...] se abstendrán de recurrir a la amenaza o al

²³ Corte Permanente de Justicia Internacional, “Excepciones preliminares 11 de junio 1998”, *Camerún contra Nigeria, en* http://legal.un.org/docs/index.asp?path=../icjsummaries/documents/spanish/st_leg_serf1_add2.pdf&lang=EFSRCA&referer=http://legal.un.org/icjsummaries/volumes.shtml, o en Miguel Ángel Rodríguez Mackay, “El principio de solución pacífica de controversias como norma ius cogens en el Derecho Internacional, La solución judicial de controversias entre Estados”, *Lex*, n.º 12, Año XI (2013): 122, <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i12.21>.

²⁴ En el marco del sistema multilateral interamericano también encontramos instrumentos jurídicos internacionales, como la Carta de la Organización de los Estados Americanos (en adelante, OEA) que también establece como uno de sus principios fundamentales que las controversias internacionales que surjan entre Estados americanos deben ser resueltas por medio de procedimientos pacíficos. Ver en OEA, *Carta de la OEA*, 10 de junio de 1993, art. 3, http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20II.

uso de la fuerza”²⁵ rescatando que serán los Estados bajo el principio de libre elección los que determinarán los medios y mecanismos para cumplir su obligación de solucionar pacíficamente las controversias, teniendo la opción de elegir el mecanismo más idóneo para tal objetivo, que la misma Carta de Naciones Unidas enuncia tales como: la negociación, investigación, mediación, conciliación, arbitraje, arreglo judicial o tribunal arbitral,²⁶ entre otros, pudiendo las partes optar por medios diplomáticos o políticos así como también por jurídicos, dependiendo del tipo de conflicto.

De conformidad con una serie de convenciones y tratados, la naturaleza de los mecanismos de solución pacífica de controversias (políticos o diplomáticos y los jurídicos) guardan coincidencia con la naturaleza de la controversia o litigio de tal forma, en convenciones como la de La Haya (1899 y 1907), los pactos Locarno (1925), el Acta General para la solución pacífica de controversias internacionales (1928); establecían como regla que, las controversias donde las partes no discutieran un derecho, eran susceptibles de arbitraje.²⁷ Sin embargo la jurisprudencia internacional coincide en que “no existe a priori una controversia exclusivamente jurídica o política”²⁸ a partir de la que cual se determine el sometimiento a uno u otro mecanismo de solución de controversias, pues generalmente ha dependido del acuerdo entre las partes, con el que pueden referir a uno u otro mecanismo, indistintamente de la naturaleza de este,²⁹ puede entonces determinarse la competencia para una corte o tribunal donde deba resolverse, inclusive por la propia voluntad de las partes puede restringirse la aplicación de los mecanismos de la solución de las controversias cuando se relacione a la soberanía o el interés público de los Estados parte.³⁰

La solución pacífica de controversias tiene el carácter de *ius cogens*,³¹ en virtud de lo cual constituye una norma imperativa y de obligatorio cumplimiento para los

²⁵ ONU Asamblea General. Carta de las Naciones Unidas. 1945, numeral 3 y 4 del art. 2, <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>.

²⁶ *Ibíd.*, art. 33.

²⁷ María Teresa Infante Caffi, “La solución judicial de controversias entre Estados”, *Derecho*, n.º 41 (1987): 64-5, http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_041.html.

²⁸ *Ibíd.*

²⁹ El Pacto de Bogotá (1948) establece que las partes contratantes tienen la facultad para someter a arbitraje una controversia, cualquiera sea su naturaleza es decir de carácter jurídico o no, siempre que existe un acuerdo para ello.

³⁰ Por ejemplo en el Tratado de No agresión, conciliación, arbitraje y arreglo judicial entre la República de Colombia y los Estados Unidos de Venezuela de 1939, en su artículo 2.

³¹ Miguel Ángel Rodríguez, “El Principio de Solución Pacífica de las Controversias como Norma de *Ius Cogens* del Derecho Internacional y los Medios de Solución de Controversias Internacionales” (ponencia, XLI Curso de Derecho Internacional de la OEA, Río de Janeiro, 22 de agosto de 2014), http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014.asp.

Estados, y en general para los sujetos internacionales parte de una controversia internacional; a través de este principio están obligados a arreglar sus diferencias por medios pacíficos a fin de que la paz, seguridad internacional y la justicia no sean afectadas.

Por otro lado el profesor Miguel Ángel Rodríguez, tomando como referencia la Carta de las Naciones Unidas, destaca que en base a declaraciones universales, la solución pacífica de controversias se enmarca en los principios generales de: arreglo pacífico, aduciendo que la obligación de todos los Estados para acudir exclusivamente a medios pacíficos para la solución de controversias representa una obligación de mero comportamiento y no de resultado, cuyo incumplimiento constituiría un hecho ilícito que puede conllevar una responsabilidad internacional;³² sin embargo, coincidiendo que el derecho internacional no impone un resultado en específico hay que considerar que cualquier medio pacífico no debe poner en peligro a la paz y seguridad internacional así como a la justicia. En tal virtud, desde mi punto de vista el medio de solución si persigue un objetivo en el resultado, que responde a un objetivo ontológico, que es precautelar y buscar la paz, la seguridad internacional, así como la justicia.

De igual manera, el profesor Rodríguez enuncia que el principio de libre elección de los medios es otro de los principios en los que se enmarca la solución pacífica de controversias que reconoce el derecho de los Estados para escoger de manera voluntaria el mecanismo que propicie una solución pacífica de controversias,³³ con lo cual se deja sentado que ningún Estado puede ser obligado a seguir un procedimiento en específico, en tal razón los Estados de manera voluntaria elegirán y otorgarán su consentimiento para la determinación del mecanismo de solución pacífica de controversias, mediante:

- a. Una cláusula compromisoria;
- b. Tratados generales de arreglo de solución pacífica de controversias;
- c. Con el reconocimiento de la jurisdicción de la Corte Internacional de Justicia,
o
- d. Con el consentimiento posterior mediante documento ad hoc, en el cual se establece los medios de solución de la controversia suscitada.

³² Miguel Ángel Rodríguez, “El Principio de Solución Pacífica de las Controversias como Norma de Ius Cogens del Derecho Internacional y los Medios de Solución de Controversias Internacionales” (ponencia, XLI Curso de Derecho Internacional de la OEA, Río de Janeiro, 22 de agosto de 2014), http://www.oas.org/es/sla/ddi/publicaciones_digital_XLI_curso_derecho_internacional_2014.asp.

³³ *Ibíd.*

En relación con los principios relacionados con la solución pacífica de controversias se debe también tener presente lo que instrumentos internacionales contemplan. Por ejemplo, la Declaración de Manila al reconocer que la responsabilidad de los Estados de solucionar sus controversias por medios pacíficos se basará en el principio de igualdad soberana y se hará según el principio de la libre elección de los medios,³⁴ que los Estados deberán cumplir de buena fe lo acordado por ellos para el arreglo de sus controversias; además rescata que los Estados actuarán con un espíritu de cooperación que procure el arreglo pronto y equitativo de sus controversias.

Esta declaración establece también que, siempre que sea aplicable, se debe tener presente el agotamiento de recursos de jurisdicción interna, incluso se dispone que los Estados que son parte de un acuerdo u organismo regional deben acudir primero a un organismo regional antes de someter el caso a instancias como el Consejo de Seguridad o la Asamblea General de la Organización de Naciones Unidas (en adelante, ONU).

Respecto a los procedimientos, se enfatiza que las negociaciones directas son un medio flexible y eficaz para una solución pacífica de las controversias; a la vez se reconoce que el recurso de arreglo judicial no debe ser considerado un acto de enemistad entre Estados sino una opción más de la variedad de mecanismos que existen para la solución pacífica de controversias; respecto a esto los Estados en sus acuerdos o tratados pueden establecer a la Corte Internacional de Justicia como instancia competente para la remisión de casos que surjan por diferencias en la interpretación o aplicación de tales tratados.³⁵ Sobre la base de los principios de buena fe y *Pacta Sunt Servanda*, los Estados se comprometen a cumplir con las resoluciones o laudos de los tribunales, o de otro mecanismo de solución pacífica de controversias que haya sido elegido por las partes.

Inicialmente el régimen de solución de controversias en materia de inversión extranjera encuentra su precedente a partir de la Segunda Guerra Mundial, en los antiguos tratados de amistad, comercio y navegación suscritos entre los Estados, que fueron promovidos por las grandes potencias que mantenían inversiones en economías pequeñas. El mecanismo por excelencia para la solución de controversias, era la negociación diplomática pues las controversias versaban sobre la interpretación o aplicación del tratado. Con el devenir del tiempo se van creando regímenes con su propia normativa e institucionalidad, con un enfoque dirigido a la protección y promoción de las inversiones,

³⁴ ONU Asamblea General, *Resolución 37/10-Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias*, 15 de noviembre de 1982, <https://www.dipublico.org/doc/instrumentos/96.pdf>.

³⁵ *Ibíd.*

cuestión que también implicaba mecanismos de solución de controversias, como mecanismos de protección a los inversores. Si bien las controversias en materia de inversión pueden suscitarse entre Estados, sobre todo se ha desarrollado procesos entre inversor-Estado, teniendo como principal mecanismo para la solución de las controversias al arbitraje internacional.

La normativa que regula la solución de controversias en materia de inversiones es muy diversa, cada Estado al suscribir un acuerdo de inversiones o un tratado libre de comercio puede establecer una cláusula de solución de controversias, en la que se contempla el o los procedimientos a seguir conforme a los diferentes tipos de controversias, el foro en el que se ventilará la controversia, las normas que se aplicarán en el proceso, entre otras especificaciones.

En el marco de la solución de controversias en materia de inversiones, las partes de un tratado bilateral de protección pueden recurrir a reglamentos vigentes, respecto a los métodos y procedimientos alternativos o jurisdiccionales para la solución de controversias, por ejemplo pueden referirse al régimen procesal del arbitraje internacional o a los métodos alternativos de solución de controversias, contenido en diferentes instrumentos como: el Convenio del Ciadi, el Reglamento de Arbitraje o el de Conciliación de la CNUDMI.

Según la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (en adelante, Unctad) un mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones se diseña mediante un proceso sistemático de creación de sistemas que aprovechen los aspectos positivos de las controversias, o al menos minimicen sus aspectos negativos y “conlleva el establecimiento intencional y sistemático de un proceso efectivo, eficiente y justo de solución de controversias basado en las necesidades únicas de un sistema en particular”.³⁶

Según el derecho internacional, los Estados se erigen sobre pilares siendo uno de los principales la soberanía, interpretada sobre la base de que, los Estados se obligan si manifiestan su consentimiento en aquello, por otro lado, los Estados no están obligados a someter sus diferencias a órganos jurisdiccionales internacionales de solución de

³⁶ Suiza Unctad, “Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2010, 21, https://UNCTAD.org/es/Docs/diaeia200911_sp.pdf.

controversias, a menos que lo hayan acordado de manera previa.³⁷ Es precisamente a través del entendimiento en el marco de la suscripción de los acuerdos de inversión que ciertos Estados han cedido su poder jurisdiccional, que es uno de los principales atributos de la soberanía, para someterse a una instancia distinta a la que es propia según su derecho interno.

Por regla general, los Estados y las organizaciones internacionales pueden acceder a instancias internacionales para resolver sus controversias, sin embargo, con base en los acuerdos de inversión, los particulares pueden acceder a instancias judiciales o arbitrales internacionales para presentar una reclamación contra un Estado.

De esta manera, a través de los acuerdos de inversión, los Estados pueden establecer sistemas de solución de controversias Estado-Estado y/o inversor-Estado, estableciendo a su vez los mecanismos, instancias y procedimientos que cumplan el objetivo de solucionar sus diferencias:

Al referirse al sistema de solución de controversias Estado-Estado nos enmarcamos en el ámbito del derecho internacional público, que tiene por objeto la solución de controversias que versen sobre la interpretación o aplicación del tratado, cuando uno de los Estados parte considera que la otra parte no respetó o interpretó erróneamente alguna disposición del tratado, para lo cual activa el procedimiento establecido para el efecto de solucionar la controversia.³⁸ El procedimiento en este tipo de sistema generalmente consta de dos etapas, la primera relacionada a las negociaciones directas o consultas amistosas que busca llegar a conciliar de manera amistosa las diferencias que existan, tiene un plazo perentorio con el fin de que en el caso de no llegar a resolver la controversia por esta vía, cualquiera de las partes pueda someter la diferencia a una instancia arbitral como parte de una segunda etapa.

Mientras que el sistema de solución de controversias inversor-Estado en materia de inversiones se enmarca en el derecho privado-comercial; las partes que actúan en el procedimiento de solución de controversias son: el inversor extranjero (foráneo) y el Estado receptor. En este contexto, los acuerdos de inversión otorgan al inversionista la capacidad procesal para presentar un reclamo contra el Estado receptor ante una instancia jurisdiccional internacional, sin intervención del Estado del que es nacional, yendo más

³⁷ Juan Carlos Vargas, “El derecho internacional económico y la gobernabilidad de las organizaciones económicas internacionales: un análisis jurídico-político”, *Revista Boliviana de Derecho* (Fundación Iuris Tantum, Bolivia), n.º 13 (2012): 116.

³⁸ Tempone, *Protección de inversiones extranjeras*, 72.

allá del ámbito del derecho internacional público en el que exclusivamente son los estados los que podían plantear reclamos internacionales.³⁹

De igual manera que en el sistema de solución de controversias entre Estados, el régimen jurídico internacional de inversiones a través de los acuerdos de inversión puede establecer más de un mecanismo de solución de controversias, que pueden ser alternativos o sucesivos, dependiendo el carácter otorgado en el tratado. Así por ejemplo se puede identificar que:

Con el ánimo de precautelar la relación inversor-Estado, los países parte de un tratado establecen a las negociaciones directas o consultas amistosas como la primera opción para solucionar las diferencias de una manera colaborativa, a fin de que a través de la negociación se pueda acordar la solución de la controversia y a su vez mantener la relación inversor-Estado. Luego de esta primera etapa, en caso de no llegar a un acuerdo dentro de un plazo perentorio, puede determinarse un procedimiento jurisdiccional por ejemplo a través del arbitraje internacional.

Respecto a la solución de controversias en instancias nacionales del Estado receptor, bajo la regla del agotamiento de recursos internos, propia del Derecho internacional, el inversor extranjero debe acudir primero a la jurisdicción nacional del Estado ya sea a sus instancias administrativas o judiciales, y solamente en caso de no llegar a una solución acorde a sus expectativas, acudir a la protección diplomática o al arbitraje internacional.⁴⁰

El derecho convencional internacional en materia de inversiones caracterizado por la especificidad y protección a favor las inversiones; hoy constituye un régimen jurídico internacional a partir de lo contemplado en acuerdos internacionales o tratados de inversión que establecen una serie de garantías de protección y promoción para la inversión extranjera; razón fundamental para que los inversores consideren que estos acuerdos les otorga mayor seguridad y garantías frente al derecho interno del Estado receptor, situación que ha obligado a los Estados, sobre todo aquellos en vía de desarrollo, a suscribir tratados o acuerdos de inversión como forma de atraer inversiones extranjeras.

³⁹ Martín Lorences, “La inversión extranjera directa y el Mercosur”, *Revista Informe Integrar* (Universidad Nacional de La Plata), n.º 79 (2013):4, <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/83669>.

⁴⁰ Tempone, *Protección de inversiones extranjeras*, 79-80.

1.2 El arbitraje internacional como principal mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones y foros predominantes

El principio de solución de controversias inversor-Estado se comporta como un régimen internacional en sí mismo,⁴¹ y es a partir de este principio que se desarrollan reglas que son parte de instrumentos jurídicos (acuerdos bilaterales, capítulos de inversión en tratados de libre comercio, incluso en legislación del Estado receptor, etc.) que prevén la prórroga de jurisdicción, a fin de que el arbitraje internacional sea el mecanismo idóneo para la solución de diferencias en materia de inversiones.

El arbitraje internacional como mecanismo efectivo para la solución de controversias en materia de inversiones protege los derechos del inversor extranjero; reconoce la legitimidad del inversor para iniciar un proceso arbitral contra un Estado, establece una instancia arbitral considerada despolitizada, llamada a resolver el caso sobre la base de los estándares de tratamiento y protección a la inversión y conforme al derecho aplicable establecido en el acuerdo.

Los Estados que han otorgado su consentimiento, mediante los tratados o acuerdos de inversión, para someter sus controversias ante una instancia arbitral han reconocido la competencia de un foro en específico, ya sea del Centro Internacional de arreglo de diferencias relativas a inversiones (Ciadi), la Cámara de Comercio Internacional de París (en adelante, CCI), la Corte Permanente de Arbitraje (en adelante, CPA), la Cámara de Comercio de Estocolmo, o la Corte Internacional de Arbitraje de Londres. Asimismo, por medio de estos instrumentos podrán reconocer la competencia de un tribunal arbitral que se constituya y rija por las reglas arbitrales establecidas por la CNUDMI,⁴² o conforme a las reglas del convenio del Ciadi o de la CCI.

Tal como lo describe la profesora Bas Vilizzio, el principio de solución de controversias inversor-Estado contempla la prórroga de jurisdicción a favor del arbitraje internacional. De este principio se derivan reglas, tales como, *locus standi* y *jus standi* a favor del inversor extranjero; la determinación de un periodo de enfriamiento; la no obligatoriedad del agotamiento previo de la jurisdicción doméstica; la existencia de tribunales arbitrales *ad hoc*; laudos inapelables; la cláusula de ultractividad,⁴³ que se describen a continuación:

⁴¹ Bas Vilizzio, "Régimen de solución de controversias inversor-Estados", 165.

⁴² Herdegen, *Derecho Económico Internacional*, 148.

⁴³ Bas Vilizzio, "Régimen de solución de controversias inversor-Estados", 166.

- a. El reconocimiento del *locus standi* y *jus standi* a favor del inversor extranjero implica que no solamente el inversor extranjero podrá demandar al Estado receptor en espacios jurisdiccionales (*locus standi in iudicio*) sino que también se reconoce la titularidad de la acción para hacerlo ante tribunales internacionales. Con esto, la protección diplomática queda rezagada frente al derecho que adquiere el inversor extranjero para demandar directamente ante una instancia arbitral, al Estado que ha ocasionado una afectación a sus derechos.
- b. El periodo de enfriamiento se refiere a la etapa que inicia luego de la notificación del reclamo al Estado receptor, su plazo está determinado en el acuerdo internacional durante el cual se da la oportunidad de resolver la controversia de manera amistosa.
- c. El agotamiento previo de la jurisdicción doméstica, es decir que el inversor extranjero debería cumplir con agotar los recursos internos, administrativos y judiciales, como requisito previo para acceder a la instancia arbitral,⁴⁴ sin embargo, en la solución de controversias inversor-Estado el requisito de agotamiento previo de la jurisdicción doméstica no es obligatorio, como si lo era bajo la doctrina Calvo; y en su caso, de ser obligatorio conforme al contenido del tratado, bajo la concepción de la cláusula de la nación más favorecida, el inversor extranjero puede quedar exento del cumplimiento de este requisito.
- d. Los tribunales *ad hoc* como instancias competentes para la solución de controversias inversor-Estado, por regla general se constituyen tribunales *ad hoc*, es decir para el caso en específico, más allá de que se acuda a una institución internacional que administra proceso de arbitraje, los tribunales siempre serán *ad hoc*. Conformados por un tribunal donde cada parte designa un árbitro y un tercer árbitro que puede ser nombrado por la institución que administra el arbitraje, quien asume el cargo de presidente. Los tribunales se

⁴⁴ Los países de bajos niveles en su capacidad de negociación no ponen interés o no logran establecer este requisito, a sabiendas de que a través de un procedimiento administrativo local podría resolverse una controversia evitando acudir a instancias arbitrales con todo el riesgo que implica. Según Bas Vilizzio el 88% de los tratados bilaterales de inversión suscritos por países sudamericanos, no contempla el requisito de agotar los recursos internos sino que deja vía libre al inversor extranjero para recurrir directamente a instancias arbitrales, ver en Magdalena Bas Vilizzio, *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?* (Montevideo: Biblioteca Plural / Comisión Sectorial de Investigación Científica-Universidad de la República, 2017), 25.

conforman en base a la lista de árbitros que maneja la institución que administra los procesos arbitrales.

- e. La inapelabilidad de los laudos es otra de las reglas fundamentales del régimen de solución de controversias inversor-Estado, sobre la que se reconoce la imposibilidad de apelación del laudo. Los recursos de anulación y revisión exclusivamente se dan sobre casos específicos, los cuales están establecidos en las reglas de las instancias que administran los procesos de arbitraje o en las reglas establecidas por las partes, por ejemplo: las normas de procedimiento contenidas en el Reglamento de arbitraje de la CNUDMI.

Los recursos de revisión o anulación no constituyen recursos de segunda instancia y puede ser solicitado por cualquiera de las partes.

Según el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados⁴⁵ para que proceda el recurso de revisión debe haberse propiciado el descubrimiento de algún hecho que hubiese influido decisivamente en el caso y que el tribunal así como la parte que presenta el recurso, lo hubiesen desconocido al tiempo de dictarse el laudo. Este mismo convenio establece que el recurso de anulación procede exclusivamente cuando: el tribunal se constituyó incorrectamente; se extralimitó en sus facultades, se dieron actos de corrupción por parte de uno de sus miembros, se quebrantó gravemente una norma de procedimiento o el laudo carece de motivación.

- f. La cláusula de ultractividad se refiere al periodo de vigencia de las disposiciones del tratado luego de su denuncia, que se determinan de común acuerdo y que pueden establecer 5, 10, 15 o 20 años. Dentro de estas disposiciones estarían también las que contemplan los mecanismos de solución de controversias que mantendrían vigencia conforme a la cláusula de ultractividad.

Tal como lo rescata Adolfo Miaja de la Muela en su estudio sobre “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”,⁴⁶ en el afán de institucionalizar el arbitraje como mecanismo para la solución de controversias después de la Segunda Guerra Mundial, hubo varios intentos por establecer una regulación

⁴⁵ Banco Mundial, *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales y nacionales de otros Estados (Convenio del CIADI)*, 14 de octubre de 1966, <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs//ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

⁴⁶ Adolfo Miaja de la Muela, “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *Revista Española de Derecho Internacional* 22, n.º 1 (1969): 9.

específica; sin embargo, estos intentos únicamente fueron cristalizados con la propuesta del Banco Mundial,⁴⁷ respecto al Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados, correspondiente al año de 1965.⁴⁸

Si bien actualmente las reglas marco contenidas en el Convenio del Ciadi no son las únicas que existen para regular el proceso de arbitraje internacional, pero vale destacar que son las más utilizadas, tanto la normativa que regula el arbitraje como el foro para el desarrollo de este.

Esto es corroborado en un estudio realizado por la profesora Magdalena Bas Vilizzio que indica, refiriéndose a los principales mecanismos contemplados en los acuerdos de inversión suscritos por los países sudamericanos hasta el año 2015, el principal mecanismo de solución de controversias es el arbitraje en el Ciadi que representa el 89%; jurisdicción doméstica del Estado receptor el 71%; tribunal ad hoc según reglas Uncitral el 63%; el mecanismo complementario del Ciadi significa el 39% y el arbitraje ad hoc (instituciones distintas que el Ciadi) el 12%.⁴⁹

Si bien las normas marco sobre el arbitraje internacional, establecidas a nivel internacional, sirven para la regulación del procedimiento arbitral como tal. Sin embargo, es válido destacar, tal como lo hace Miaja de la Muela, que lo más importante en cuanto a la sumisión al arbitraje es la voluntad de las partes, a partir de la cual incluso llega a establecerse acuerdos respecto a las reglas a las que debe someterse este mecanismo. Por su parte, Yaritza Pérez rescata la conceptualización que el Ciadi mediante uno de sus laudos, realiza respecto al arbitraje estableciendo que “el resultado del acuerdo de voluntades de las partes quienes deciden a través de un convenio cuál o cuáles serán los mecanismos a los que acudirán para resolver sus controversias”,⁵⁰ en este contexto el convenio arbitral es la base del arbitraje de inversión que nace del consentimiento.

⁴⁷ Creado a partir de la Conferencias de Bretton Woods de 1944, y tal como lo resalta Diez de Velasco tenía la finalidad de reconstruir económicamente a los países devastados a partir de la segunda guerra mundial y favorecer el desarrollo económico de sus miembros, ver en Adolfo Miaja de la Muela, “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”, *Revista Española de Derecho Internacional* 22, n.º 1 (1969): 9.

⁴⁸ Se puede advertir que los primeros Estados que ratificaron este convenio fueron tanto los que se encontraban ávidos de inversión extranjera como aquellos que tenían interés en proteger los capitales de sus nacionales, por el contrario los países que no suscribieron hasta 1967 fueron los de centro y Sudamérica, y los Estados identificados como socialistas.

⁴⁹ Magdalena Bas Vilizzio, “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur”, *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 3, n.º 5 (2015): 239-40, doi: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>.

⁵⁰ Se refiere al Caso Eduardo Viera S.A. VS Chile, identificado con el número ARB/04/17, tomado de Yaritza Pérez Pacheco, “Consentimiento estatal al arbitraje del CIADI”, *Lecciones y Ensayos* (Universidad de Buenos Aires), n.º 91 (2013): 22, http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0091.pdf.

Siendo el arbitraje internacional el principal mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones, y marco institucional y procesal del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones – Ciadi el foro predominante, es importante identificar la normativa que lo regula y que ha ido estableciendo parámetros específicos que hoy son característicos del arbitraje internacional y que son parte del Convenio del Ciadi.

El Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados “fue el primer tratado multilateral que previó la ampliación del modelo de arbitraje privado para abarcar diferencias entre los inversionistas y los Estados”.⁵¹

fue el primer tratado multilateral que amplió el modelo de arbitraje privado para abarcar diferencias entre los inversionistas y los Estados.

De conformidad con el Convenio, el Ciadi presta servicios de conciliación y arbitraje para la solución de las controversias en materia de inversiones entre Estados parte y nacionales de otros Estados parte del Convenio, ofrece un marco institucional y procesal para que las comisiones de conciliación independientes y los tribunales arbitrales ad hoc, que se constituyen para cada caso, en base a la lista de árbitros que mantiene pues no es un tribunal internacional permanente.

El arbitraje de inversiones es visto no solo como un mecanismo para la solución de controversias sino también como un medio para garantizar la protección de las inversiones extranjeras, de tal forma que el inversor que se sienta afectado frente a las medidas tomadas por el Estado receptor, que ha incumplido el mandato de las cláusulas de protección contempladas en el marco de un tratado o contrato de inversión, puede acudir directamente al Ciadi, así como a los demás foros creados para el efecto (conforme a los tratados, convenios o legislación que lo permita); e iniciar un proceso de arbitraje contra un Estado; por esa razón expresamente se excluye la protección diplomática del Estado del cual el inversor es nacional, salvo que el Estado demandado no haya acatado el laudo dictado por el tribunal que resolvió la controversia (art. 27).

⁵¹ Cepal; CNUDMI; y G. Van Harten, “Judicial supervision of NAFTA chapter 11 arbitration: public or private law?”, *The Journal of the London Court of International Arbitration*, vol. 21, N° 4, 2005; en Michael Mortimore, “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe”, *Cepal Serie Desarrollo Productivo*, n.º 188 (2009): 14, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4583-arbitraje-internacional-basado-clausulas-solucion-controversias-inversionistas>.

Para que la controversia en materia de inversiones pueda ser conocida y resuelta en el Ciadi, no basta que las partes hayan ratificado el Convenio de Washington, instrumento multilateral que otorga jurisdicción al Ciadi, o sea que el Estado del cual el inversionista es nacional, así como el Estado receptor de la inversión (demandado) hayan ratificado dicho convenio.⁵² De tal forma que, para acogerse a la jurisdicción del Ciadi se requiere un doble consentimiento, a más de la ratificación⁵³ del Convenio de Washington, las partes precisan haber consentido por escrito su sometimiento al Ciadi, para resolver las controversias que se susciten. Este consentimiento debe constar en un tratado, contrato o por vía legislativa.

El Convenio establece que el Ciadi (artículo 25) tiene jurisdicción sobre las diferencias de naturaleza jurídica que surjan sobre una inversión (requisitos *ratione personae*), entre el Estado receptor y un inversor de otro Estado (requisitos *ratione materiae*). Es decir, el Ciadi no tendrá atribuciones jurisdiccionales para solucionar controversias en materia de inversión entre Estados o entre particulares;⁵⁴ reconoce la plena legitimidad a los inversores nacionales de un Estado parte para iniciar el proceso arbitral contra un Estado parte.

Al no establecerse la determinación o definición específica de lo que debe entenderse como inversión en el Convenio del Ciadi, el tribunal ad hoc puede hacer una amplia interpretación para determinar si la controversia se trata o no de una inversión, susceptible de ser conocida por el Ciadi, por lo que se hace necesario que las partes establezcan en el tratado o acuerdo suscrito lo que debe entenderse como inversión para evitar interpretaciones amplias o discrecionales.

En cuanto a la constitución del tribunal arbitral ad hoc, de conformidad con el literal b, numeral 2 del art. 37 del Convenio del Ciadi, cada parte nombrará un árbitro, el tercer árbitro será nombrado por estos dos, de común acuerdo.⁵⁵ En caso de que no sea posible la conformación del tribunal ad hoc, ya sea porque una de las partes se niegue en nombrar su árbitro o ambas partes no se ponen de acuerdo para designar al árbitro

⁵² Banco Mundial, *Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi*, 2003, <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>.

⁵³ El Convenio estipula el mecanismo de *additional facility* o “mecanismo complementario”, a través del cual, el Ciadi extiende su competencia a la solución de controversias en materia de inversiones, cuando una de las partes no es un miembro del Ciadi o a su vez es un nacional de un Estado no miembro, debiendo dejar sentado el consentimiento de las partes para acogerse a dicho mecanismo.

⁵⁴ Andrés Mora, “Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”, *Diálogos de Saberes* (Universidad Libre de Bogotá), n.º 43 (2015): 164-66, <http://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/issue/view/13>.

⁵⁵ Banco Mundial, *Convenio del Ciadi*, literal b, numeral 2 del art. 37.

único, según lo que el Convenio prevé, será el presidente del Consejo Administrativo del Ciadi el que designe a los árbitros que falten, de esta forma se destraba la falta de constitución del tribunal (regla 4 de Arbitraje del Ciadi)⁵⁶.

Respecto al derecho aplicable, se establece que el tribunal arbitral resolverá la controversia conforme a las normas de derecho acordadas por las partes, para esto las partes tienen toda la libertad para determinar la legislación que será aplicada por el tribunal en caso de una controversia, a falta de acuerdo, el Convenio del Ciadi establece que el tribunal aplicará la normas del Estado receptor de la inversión y del derecho internacional privado, así como las de derecho internacional público que puedan ser aplicables. Por acuerdo de las partes también puede determinarse que el tribunal no resolverá en derecho sino en equidad, de tal forma se establece que el tribunal podrá resolver la diferencia *ex aequo te bono* (art. 42).⁵⁷

Dentro de las competencias del tribunal, se establece que el tribunal podrá recomendar la adopción de medidas provisionales (como medidas cautelares) que considere necesarias para salvaguardar los derechos de las partes (art. 47). En el procedimiento determinado en el Convenio no se establecen etapas de prueba propiamente dichas, ni audiencias orales para alegatos; no obstante, queda a decisión de las partes el añadir, de mutuo acuerdo, normas procedimentales que el tribunal deberá cumplirlas.

Respecto al laudo arbitral se establece que será aprobado por el tribunal con los votos de la mayoría, este contendrá la declaración sobre todas las pretensiones expuestas en el proceso y será motivado (art. 48).

Sin que se identifique como un recurso, cualquiera de las partes podrá pedir la rectificación del laudo por errores materiales o matemáticos, adicionalmente se da la oportunidad de que el mismo tribunal pueda hacer un “adendum” al laudo, pudiendo decidir sobre cualquier punto que considere que haya omitido resolver (art. 49).

Los recursos que pueden plantearse al laudo según el Convenio son exclusivamente: la aclaración, revisión y anulación, los dos primeros serán resueltos por el tribunal que dictó el laudo, de lo contrario se conformará otro tribunal *ad hoc*. Para el recurso de anulación, el presidente del Ciadi constituirá “una comisión *ad hoc* integrada

⁵⁶ *Ibíd.*, regla 4.

⁵⁷ *Ibíd.*, art. 42.

por tres personas seleccionadas de la lista de árbitros”.⁵⁸ El convenio del Ciadi establece exclusivamente cinco causales, para que proceda la anulación del laudo; siendo estas:

- a. Que el tribunal arbitral se hubiere conformado de manera incorrecta;
- b. Extralimitación del tribunal en relación a sus facultades;
- c. Actuación dolosa de uno o más de los miembros del tribunal;
- d. Violación a una normas o reglas de procedimiento; o,
- e. Falta de motivación del laudo.⁵⁹

De forma expresa el Convenio del Ciadi establece que el laudo será obligatorio para las partes, determina a todos los Estados contratantes a reconocer el carácter obligatorio de los laudos a fin de ejecutarlos en sus territorios, de forma similar al tratamiento que recibe una sentencia ejecutoriada emitida en su circunscripción.⁶⁰

Otros foros para la solución de controversias en materia de inversiones:

- a. La Corte Permanente Arbitraje (CPA) con sede en La Haya, creada en la Convención para la resolución pacífica de controversias de 1899, es una organización intergubernamental facultada para desarrollar los procesos de solución de controversias en las que, al menos una de las partes sea un Estado; procesos tales como: la conciliación, la mediación, las comisiones de investigación y el arbitraje.

La CPA ha desarrollado su propia normativa que regula el procedimiento arbitral para la solución de controversias en el Reglamento de Arbitraje de la CPA,⁶¹ en el que se puede resaltar que los árbitros deben declarar su independencia e imparcialidad, pudiendo ser sometidos a un proceso de recusación, proceso que depende de la denuncia de una de las partes respecto exclusivamente a circunstancias que demuestren la falta de imparcialidad e independencia. Sin embargo, un caso de recusación resulta poco efectivo, pues dependerá de la decisión consensuada de las partes o a su vez de la renuncia o decisión de la autoridad nominadora de la CPA.

Esta normativa adicionalmente blinda el ejercicio técnico o profesional de quien ejerza la calidad de árbitro pues, se contempla que las partes renuncian a cualquier reclamación contra los árbitros, por los actos u omisiones relacionados al proceso (artículo 16); el tribunal arbitral estará facultado para decidir acerca de su propia competencia (artículo 23), se reconoce la facultad del tribunal a otorgar medidas

⁵⁸ Banco Mundial, *Convenio del Ciadi*, numeral 2 del art. 52.

⁵⁹ *Ibíd.*, art. 52.1.

⁶⁰ *Ibíd.*, art. 54.

⁶¹ Corte Permanente de Arbitraje, *Reglamento de Arbitraje de la CPA*, 17 de diciembre de 2012, <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CPA-2012.pdf> .

cautelares, a petición de una de las partes.⁶² El laudo es aprobado con la mayoría. No se establecen recursos de alzada, exclusivamente se puede requerir la interpretación del laudo o la rectificación, ambos recursos los procesa el mismo tribunal que resolvió la controversia (arts. 37 y 38).

b. La Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional (CCI), es una institución de carácter privado, creada en 1923, está ubicada París. Es una institución que presta servicios de arbitraje para la solución de controversias en materia de comercio o inversiones.

El proceso de arbitraje se desarrolla conforme a las reglas contenidas en su Reglamento⁶³ (2017), en el que se establece el procedimiento a seguir, la forma de elección de los árbitros, el proceso de la demanda y la conducción de los casos, etc.

c. La Corte de Arbitraje Internacional de Londres (en adelante, LCIA); institución privada fundada en Londres en 1892, ofrece servicios en arbitraje internacional cuyo más reciente reglamento está vigente desde el mes de enero de 1998.⁶⁴ La LCIA se ha asociado con instituciones arbitrales en Dubai (en adelante, DIFC-LCIA), India (en adelante, LCIA India) y Mauricio (en adelante, LCIA-MIAC).

d. El Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo es un organismo creado en la Cámara de Comercio de Estocolmo, presta sus servicios en arbitraje nacional e internacional para solucionar controversias en materia de comercio e inversiones. “El Instituto ofrece su colaboración según cada caso en particular, teniendo en cuenta los procedimientos utilizados y separándose total o parcialmente del Reglamento. Entrega orientación en materia de arbitraje.”⁶⁵

⁶² En el numeral 2 del art. 26 del Reglamento de Arbitraje de la CPA define lo que implica una medida cautelar al establecer que es “toda medida temporal por la que, en cualquier momento previo a la emisión del laudo (...), el tribunal arbitral ordene a una de las partes que, por ejemplo:” 1. Mantener el statu quo en espera de la solución de la controversia; 2. Medidas que protejan de un daño inminente, o de una violación al procedimiento arbitral, entre otras. En Corte Permanente de Arbitraje, *Reglamento de Arbitraje de la CPA*, 17 de diciembre de 2012, numeral 2 del art. 26. <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CPA-2012.pdf>.

⁶³ Cámara de Comercio Internacional, *Reglamento de Arbitraje de la CCI*, 1 de marzo de 2017, <http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2017/03/ICC-880-0-SPA-Reglamento-Arbitraje-Reg-Mediación.pdf>.

⁶⁴ Corte de Arbitraje Internacional de Londres, *Reglamento de la LCIA*, 1 de enero 1998, <http://www.ohadac.com/legislations/47/reglamento-de-la-corte-de-arbitraje-internacional-de-londres-lcia.html?lang=es>.

⁶⁵ Centro de Comercio Internacional, *Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo*, 1 de marzo de 2017, <https://www.intracen.org/Instituto-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-de-Estocolmo/>.

1.3 Principales críticas al arbitraje internacional inversor-Estado

En la última década el mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, Investor-State Dispute Settlement (en adelante, ISDS, por sus siglas en inglés) enfrenta críticas a nivel global enmarcadas principalmente como una “crisis de legitimidad”⁶⁶ caracterizada por: la falta de imparcialidad y de transparencia, así como el alto riesgo para el interés público. Estas críticas han sido abordadas y analizadas en varias investigaciones y estudios realizados por organismos internacionales como la Unctad y la Comisión Económica para América Latina y el Caribe (en adelante, Cepal), entre los cuales se puede referir a las siguientes:

En cuanto a la falta de transparencia del arbitraje inversor-Estado, Michael Mortimore en su estudio para la Comisión Económica para América Latina y el Caribe recuerda que las raíces comerciales del arbitraje internacional implican el secreto de los procedimientos recalando que “la naturaleza de estos procedimientos no permite un mínimo de rendición de cuentas, apertura o independencia”⁶⁷ cuestión que también puede dar paso a que se generen conflictos de interés en los árbitros.

Por ejemplo, las normas que rigen el procedimiento arbitral establecen la confidencialidad del proceso, es por esto que muchos de los casos sometidos ante un tribunal arbitral, los nacionales del Estado demandado no tienen acceso a las decisiones o a las audiencias en las que se discuten temas relacionados con el interés público.

Según lo recogido en los estudios realizados bajo el auspicio de la Unctad se resalta que la mayoría de acuerdos de inversión permiten un “arbitraje totalmente confidencial”.⁶⁸ Al respecto, existen avances o modificaciones a las normas procedimentales que aúnan esfuerzos para dotar de mayor transparencia al arbitraje internacional, tal es el caso de las últimas reformas en el Ciadi o la aprobación del Reglamento sobre la transparencia en la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, sin embargo es necesario identificar en qué medida estas

⁶⁶ Suiza Unctad, “Informe sobre las inversiones en el mundo 2015, Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2015, 30, https://UNCTAD.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.

⁶⁷ Michael Mortimore, “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe”, *Cepal Serie Desarrollo Productivo*, n.º 188 (2009): 36, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4583-arbitraje-internacional-basado-clausulas-solucion-controversias-inversionistas>.

⁶⁸ Suiza Unctad, “IIA Issues Note”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2015, 5, https://UNCTAD.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.

reformas se reflejan en los nuevos acuerdos de inversión suscritos por países tanto a nivel regional, y cómo podrían estos ser observados en el marco de los nuevos acuerdos internacionales de inversión a ser negociados por Ecuador.

Respecto a la falta de imparcialidad de los árbitros, la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en su 50° período de sesiones y mediante un proceso de consulta realizado a los Estados y organizaciones regionales, en la Nota de la Secretaría, resaltó que a nivel mundial se han dado fuertes cuestionamientos al “método empleado para nombrar los árbitros y la manera en la que eso repercute en su independencia e imparcialidad”,⁶⁹ identificando además la falta de transparencia en el proceso de designación a los árbitros.

A ese respecto, es menester considerar que las listas de árbitros que administran ciertos foros establecen requisitos generales para desempeñarse como árbitros, sobre los cuales no se han determinado condiciones más objetivas que garanticen imparcialidad, por ejemplo la establecida en el art. 14 num. 1 del Convenio del Ciadi que dispone que “las personas designadas para figurar en las Listas deberán gozar de amplia consideración moral [...] e inspirar plena confianza en su imparcialidad de juicio”,⁷⁰ lo que denota la exigencia de requisitos subjetivos y discrecionales a la mirada de quien los evalúe.

Sin duda considerar también que la falta de imparcialidad puede ser cubierta por la inmunidad que reviste el ejercicio de la función de árbitro conforme lo establece el artículo 21 numeral 1 del Convenio del Ciadi que dispone que las personas que actúen por ejemplo como árbitros o miembros de la comisión *ad hoc* para el proceso de anulación de un laudo “gozarán de inmunidad frente a toda acción judicial respecto de los actos realizados por ellos en el ejercicio de sus funciones”.⁷¹

Por otro lado, la Cepal señala que el sometimiento al arbitraje internacional inversor-Estado puede también implicar un riesgo para el interés público, reconociendo que este “mecanismo erosiona la autonomía del Estado anfitrión para regular en el interés público, pudiendo incluso llevarlo a abstenerse de hacerlo”⁷² para no ser acechado con

⁶⁹ ONU CNUDMI, “Posible labor futura en materia de solución de controversias: Reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados”, *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*, 20 de abril 2017, 4, <http://undocs.org/SP/A/CN.9/917>.

⁷⁰ Banco Mundial, *Convenio del CIADI*, art. 14, num. 1.

⁷¹ *Ibíd.*, art. 21.

⁷² Chile Cepal, “Opciones para la Convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur”, *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*, 2017, 38, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42176-opciones-la-convergencia-la-alianza-pacifico-mercado-comun-sur-mercosur-la>.

procesos arbitrales impulsados por inversionistas que consideren que la medida tomada por el Estado anfitrión fue dirigida en desmedro de sus intereses.

De igual manera se considera que el riesgo frente al interés público se da por la facultad delegada a los árbitros privados para “determinar la legalidad de los actos soberanos”,⁷³ que a su vez tiene íntima relación con la competencia amplia de los árbitros y en algunos casos discrecional ya que, por carecer de claridad normativa respecto a la interpretación de los estándares de tratamiento así como la falta de delimitación efectiva de sus competencias; el esclarecimiento de la aplicación y contenido de los acuerdos de inversión queda a cargo exclusivamente del tribunal arbitral, lo cual puede afectar las decisiones legítimas del Estado en el marco de la definición de las políticas públicas, legislación o decisiones que tome conforme a su ley nacional, al restringir sus facultades propias.⁷⁴ Tal es así que, Tempone sostiene que el arbitraje podría convertirse en el último juez para decidir sobre la legalidad de los actos ejecutados por el Estado en ejercicio de su potestad regulatoria, legislativa o administrativa, llegando a determinar por ejemplo si una medida del Estado es o no un acto de expropiación “de jure” o “de facto”.⁷⁵

En el marco de la Unctad (2012), respecto a las amplias competencias en la interpretación que hacen los árbitros sobre las cláusulas contenidas en los acuerdos de inversión, se señaló que “una interpretación expansiva del lenguaje minimalista del tratado puede dar lugar a una falta de previsibilidad [...] a su vez, puede llevar a socavar la legítima intervención del Estado para fines económicos, sociales, ambientales y otros fines de desarrollo”.⁷⁶ Un ejemplo que ha evidenciado este tipo de riesgo es el caso Occidental Exploration and Production Company (OXI)-Ecuador en el que a pesar de que el tribunal arbitral “admitió que OXI violó el Contrato de Participación al no obtener la autorización para la transferencia de sus participaciones [...]”,⁷⁷ sancionó al Estado

⁷³ Michael Mortimore, “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe”, *Cepal Serie Desarrollo Productivo*, n.º 188 (2009): 33, <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4583-arbitraje-internacional-basado-clausulas-solucion-controversias-inversionistas>.

⁷⁴ José Salcedo Machado, “Arbitraje inversionista – Estado: la necesidad de reforzar su legitimidad mientras se forjan cambios mayores”, *Revista Arbitraje PUCP* (Pontificia Universidad Católica del Perú), n.º 5 (2015): 13-4, revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16679/17011.

⁷⁵ Tempone, *Protección de inversiones extranjeras*, 62.

⁷⁶ Suiza Unctad, “Fair and Quitable Treatment - Colección de publicaciones de la Unctad”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2012, 2, https://UNCTAD.org/en/Docs/UNCTADdiaeia2011d5_en.pdf.

⁷⁷ Ecuador Caitisa, *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en el Ecuador – Informe Ejecutivo* (Quito: Caitisa, 2017), 48.

ecuatoriano a pagar una indemnización a la empresa, por considerar que la declaratoria de caducidad de dicho contrato, era desproporcional a pesar que el Estado no hizo sino cumplir sus funciones en concordancia a la ley. Es por esta razón que el voto disidente expresado por Brigitte Stern integrante del tribunal arbitral “revela las graves violaciones en las que incurrió el tribunal al exceder, de manera manifiesta, los límites de su propia competencia [...]”.⁷⁸

Es de considerar que el riesgo que implica el someterse a un tribunal de arbitraje está probablemente fundado en la generalidad de las facultades establecidas en las normas de funcionamiento de los diferentes foros, por ejemplo en el Convenio del Ciadi se establece en su art. 41.1 que “el Tribunal resolverá sobre su propia competencia”, cuestión que da cabida a un interpretación discrecional, dado que los propios árbitros fijan los límites de sus competencias frente a la solución de controversias, esto sin duda ha provocado el sometimiento al arbitraje internacional de temas relacionados al ejercicio de la soberanía del Estado, decisiones judiciales de última instancia y que no son susceptibles de ser sometidas a arbitraje.

Un ejemplo de los riesgos que implica la discrecionalidad en el ejercicio de la competencia e interpretación de los árbitros es lo ocurrido en el caso conocido como Chevron III, en el que la empresa Chevron Oil Company presentó una demanda en el año 2009 contra el Estado ecuatoriano ante la Corte Permanente de Arbitraje teniendo como antecedente un juicio civil promovido contra Chevron por ciudadanos amazónicos que fueron afectados por sus operaciones.⁷⁹ Una vez que el sistema de justicia ecuatoriano emitiera su sentencia en el juicio civil, condenando a Chevron a pagar una indemnización por los daños ocasionados en las comunidades amazónicas; el tribunal arbitral extralimitándose en su competencia “se invistió de la autoridad para ordenar que el Estado ecuatoriano violentara su estructura constitucional para que, por medio de cualquiera de sus funciones, impidiera la ejecución de una sentencia contraria a los intereses de la empresa demandante, afectando los principios del Estado de Derecho”.⁸⁰

Este sin duda es un caso que muestra la extralimitación de las competencias en el sistema de arbitraje inversor-Estado, cuestión que lejos de garantizar seguridad jurídica y previsibilidad para las partes, demuestra lo riesgoso que puede resultar someterse a un proceso de esta naturaleza; pues en este caso el tribunal se consideró competente para

⁷⁸ *Ibíd.*

⁷⁹ *Ibíd.*, 46.

⁸⁰ *Ibíd.*, 47.

resolver la controversia por una inversión que había terminado en el año de 1992, es decir antes de la vigencia del TBI suscrito con EE. UU. (1997); además el tribunal llegó a disponer que el Estado ecuatoriano incumpla su propia Constitución, al requerir que impida la ejecución de la sentencia obtenida a favor de las comunidades amazónicas, las mismas que sin haber sido parte del proceso arbitral iban a ser afectadas por la decisión del tribunal arbitral.

Es evidente que este tipo de situaciones desprestigian cualquier sistema de solución de controversias que, por demás está el recalcarlo, como ciudadanos ecuatorianos pero sobre todo como concedores de la defensa de los derechos humanos y de los derechos de la naturaleza que han venido sosteniendo las comunidades y pueblos amazónicos, no podemos desconocer que a través del laudo arbitral en el caso Chevron III se provoca una revictimización a quienes ya fueron víctimas de las malas prácticas y abusos de esta empresa.

El mecanismo ISDS, sustentado en el arbitraje internacional, evidencia un desequilibrio en la relación inversor-Estado, en los derechos y obligaciones entre las partes, principalmente determinado por la prerrogativa exclusiva del inversor para activar el mecanismo de arbitraje internacional contra el Estado receptor, mientras que el Estado no tiene la misma posibilidad. Vale destacar que este desequilibrio en la relación inversor-Estado se desarrolla sobre la base de lo dispuesto en los acuerdos de inversión en los que se contempla el régimen de protección de inversiones mediante cláusulas como las de trato justo y equitativo, nación más favorecida o la prohibición de expropiación. Estos elementos establecen los derechos y garantías para las inversiones mas no las obligaciones que tiene la inversión frente a los objetivos de desarrollo del Estado receptor, los derechos humanos o la protección de la naturaleza. De este modo lo que se somete a resolución de los árbitros es exclusivamente el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado receptor frente a los derechos y garantías de la inversión.

Al respecto el experto Alfred-Maurice de Zayas sostiene que “la unidireccionalidad de la protección de los inversores no ha contribuido a una cultura de cooperación entre los inversores y los Estados sino que ha estimulado una agresiva tendencia a los litigios [...]”.⁸¹ De tal forma que la relación inversor-Estado también puede

⁸¹ Suiza Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas, “Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Mauricie de Zayas”, *Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*, Ginebra, 14 de julio de 2015, A/HRC/30/44, https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IntOrder/A-HRC-24-38_sp.pdf.

verse afectada cuando el inversor busca en el arbitraje internacional exclusivamente el reconocimiento de una compensación (indemnización). Esto debido a que una compensación a favor del inversor, a su vez puede ocasionar la terminación o ruptura definitiva de la relación inicial del inversionista con el Estado receptor; cuestión que también, desde mi punto de vista, demuestra la falta de eficacia en el arbitraje internacional debido precisamente al desequilibrio en la relación inversionista-Estado.

Por su lado la auditoría a los tratados inversión realizada por la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje de Inversiones (en adelante, Caitisa)⁸² al referirse que la relación inversor-Estado es inequitativa, sostiene que lo único que se somete al arbitraje es la actuación del Estado receptor respecto al cumplimiento o no de las cláusulas del TBI, ello “dota al régimen internacional de solución de controversias de un sesgo pro-inversor que desequilibra las relaciones inversor-Estado”,⁸³ siendo entonces, esta falta de equidad, identificada y cuestionada por diversos sectores académicos, políticos y sociales, una de las razones principales por la cual debería revisarse el proceso de arbitraje internacional.

1.4 Otros mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones

A más del arbitraje y el arreglo judicial como métodos jurisdiccionales para la solución de controversias en materia de inversiones existen los métodos alternativos de solución de controversias (en adelante, MASC), cuyo enfoque es distinto a de los métodos jurisdiccionales pues la solución de la controversia se basa en la negociación o el acuerdo al que llegan las partes, el tercero que puede intervenir en los MASC colabora o ayuda en el propósito de las partes de llegar a un acuerdo.

Entre los principales métodos alternativos de solución de controversias se encuentran la negociación, mediación y la conciliación que preceden y se pueden complementar con los mecanismos de arbitraje, jurisdiccional o de organismos administrativos o multilaterales,⁸⁴ a su vez pueden ir acompañados de mecanismos de prevención de controversias, o ser considerados como alternativas al arbitraje

⁸² Ecuador Caitisa, *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en el Ecuador – Informe Ejecutivo*, 48.

⁸³ *Ibíd.*, 94.

⁸⁴ Suiza Unctad, “Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2010, 21, https://unctad.org/es/Docs/diaeia200911_sp.pdf.

internacional.

Se pueden destacar ciertos elementos característicos de los métodos alternativos de solución de controversias de los cuales nace su importancia, los cuales son:

- a. Procedimientos esencialmente voluntarios, dependen del consentimiento y cooperación.
- b. Procedimientos caracterizados por la flexibilidad, frente a la necesidad de solucionar un conflicto a partir del acuerdo de las partes.

Esta flexibilidad puede evidenciarse tanto en las posibilidades de solución de un conflicto como en los aspectos procesales. Así, la solución puede basarse en una interpretación rígida del tratado; ir más allá de identificar la afectación, el incumplimiento o la indemnización; incluso de haber acuerdo podrá establecerse un pago en especie para el inversor afectado o también un compromiso del Estado receptor para modificar la situación que propició el conflicto, entre otras tantas posibilidades de acuerdo al que pueden llegar las partes.

Los terceros neutrales tienen mayor amplitud para promover alternativas creativas a fin de que las partes puedan solucionar el conflicto y, de esta manera, seguir manteniendo la relación inversionista-Estado.

- c. Así mismo, se puede considerar que los MASC son eficaces y efectivos para resolver en su totalidad un conflicto y su problemática; y, a su vez garantizar que la relación inversionista-Estado se mantenga, no solo porque promueve una solución de consenso sino que en el afán de mantener la relación, las partes tienen la oportunidad de identificar en qué se puede mejorar, no solo con el fin de resolver un conflicto en específico sino también para propiciar condiciones seguras y equitativas para las partes.
- d. No requieren mantener exclusividad en su desarrollo pues paralelamente puede llevarse a cabo un proceso arbitral. El resultado del método alternativo de solución de controversias puede servir como un pre-acuerdo o una solución a ciertos temas sobre los cuales el arbitraje ya no tendría la necesidad de resolver.
- e. Los procesos pueden ser rápidos y económicos, pues dependen del consentimiento y la cooperación de las partes.

A más de estas características que resultan a su vez consideradas como ventajas, existen otras que representan debilidades, entre las cuales están las siguientes:

- a. El carácter no vinculante del acuerdo al que se llega.
- b. El poco conocimiento que existe en el escenario de las inversiones internacionales sobre la aplicabilidad y efectividad de los MASC, cuestión que tanto los Estados como inversores al desconocer los beneficios simplemente no lo utilizan.
- c. La escasa profesionalización en materia de conciliación, mediación así como técnicas de negociación para abordar conflictos en materia de inversiones; razón por la que en los servicios profesionales e instituciones es recurrente tener una amplia oferta de árbitros, abogados o asesores, en lugar de procesos de mediación o conciliación con los profesionales necesarios.
- d. Por ser un método alternativo y no vinculante, las partes podrían actuar sin el suficiente compromiso, o a su vez carecer de buena fe; haciendo uso de estos métodos alternativos solo con el objetivo de conseguir información y conocer intereses de la otra parte para utilizarlos luego a su favor como una estrategia en un proceso arbitral o judicial.

Generalmente, el plazo de tiempo para cumplir con la etapa de negociación o consulta establecido en los acuerdos de inversión resulta corto, impidiendo que las partes (inversor y Estado) se den la oportunidad para arreglar la controversia. En tanto, un plazo de tres o de seis meses, dependiendo el caso, puede resultar un impedimento o al menos una desmotivación para intentar entablar un arreglo a través de un medio alternativo en la etapa previa al procedimiento arbitral.

Resulta importante identificar las peculiaridades de cada uno de los MASC y las diferencias que existen entre estos, así como su normativa e instituciones que los desarrollan en el marco de la solución de controversias inversor-Estado, en tal razón:

En cuanto al grado de control de las partes: La negociación directa conlleva una participación directa de las partes, en la mayoría de casos ni siquiera necesitan la colaboración de un tercero ya que pueden llegar por sí solas a resolver su controversia a través de un arreglo negociado. La mediación por su parte conlleva la participación de un tercero neutral (el mediador) que cumple la función de ayudar a las partes a encontrar una solución a su controversia, su participación podrá ir desde promover el diálogo hasta proponer un arreglo, se centrará en rescatar los intereses de las partes y plantear alternativas de posibles soluciones a fin de que las partes puedan llegar a un acuerdo. Al ser un proceso en cierta manera informal es asimilado a una “negociación asistida”, mientras que la conciliación es un proceso más formal identificado como un proceso de

“arbitraje no vinculante”.⁸⁵

En la conciliación también participa un tercero, el conciliador, cuyo objetivo principal es promover un arreglo amistoso entre las partes, cumpliendo con un procedimiento estructurado, formal y que está enfocado en solucionar el conflicto concreto, este proceso puede terminar con un acuerdo, en caso de no existir, el conciliador podrá dejar por sentado sus recomendaciones.

La Unctad rescata que, en el propósito de buscar alternativas al arbitraje internacional, no existe limitación para utilizar métodos alternativos de solución de controversias o acudir a un tercero que apoye a las partes a llegar a un acuerdo, dejando sentado que una mención más explícita respecto a la utilización de los métodos alternativos alentaría a las partes para tener como una opción viable para la solución de posibles controversias. De igual manera identifica que recientes acuerdos de inversión establecen procedimientos entre Estados, enfocándose en la cooperación entre estos, más que en la confrontación pues a través de la cooperación se orienta la prevención y gestión de las controversias; y fortalece la comunicación e intercambio de información, como elementos sustanciales para afianzar las relaciones inversor-Estado.⁸⁶

En el marco de los procesos de negociación de los acuerdos de inversión, los países en desarrollo están trabajando en fortalecer su poder de negociación mediante el planteamiento de un conjunto de mecanismos de solución de controversias que, a más del arbitraje, incorpora otras alternativas a fin de disminuir el nivel de riesgo para el Estado, garantizar mayor transparencia e imparcialidad que constan dentro de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible propuestas por la Unctad.

⁸⁵ Suiza Untad, “Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje”, 13-8.

⁸⁶ *Ibíd.*, 41.

Capítulo segundo

La solución de controversias en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible propuestas por la Unctad y las tendencias en los nuevos acuerdos de inversión

En la búsqueda de un equilibrio en las relaciones inversor-Estado, se ha visto necesario llevar adelante una reforma del régimen internacional de inversiones, reconociendo que esta no depende solamente de un cambio de políticas sino de una reorientación profunda del régimen, con el objetivo de concretar un equilibrio en la protección de los inversores y el desarrollo sostenible.

Al respecto existe un consenso global entre países desarrollados y en desarrollo, organismos multilaterales como la propia Organización para la Cooperación y el Desarrollo Económico (en adelante, OCDE), la Unctad, así como foros de arbitraje, respecto de la necesidad de una reforma del sistema tanto en el ámbito sustantivo como procedimental relacionado con la solución de controversias en materia de inversiones. Es así que, la Unctad en 2014 identificó que se desarrollaba un período de “reflexión, revisión y ajuste”⁸⁷ sobre la práctica de los tratados de inversión, reconociendo la necesidad de introducir reformas, a fin de que los futuros tratados puedan “salvaguardar el derecho (de los Estados) a regular a favor de los objetivos de desarrollo sostenible, reformar el régimen de arreglo de controversias de inversión [...] y mejorar de la consistencia sistémica”.⁸⁸

Por tal razón este capítulo procura identificar y analizar comparativamente los elementos jurídicos sustantivos y las nuevas tendencias en las cláusulas de solución de controversias que han venido siendo propuestas desde la Unctad y que algunas de ellas se podrían encontrar en los recientes acuerdos de inversión suscritos a partir del año 2015 por Estados Unidos, Uruguay, Canadá, Perú y Chile que representan los principales cinco socios del Ecuador. Para este estudio se han tomado las estadísticas del Banco Central del Ecuador durante el período 2013-2018 que establecen a los países antes referidos como los cinco principales países pertenecientes al ámbito americano que registran el mayor

⁸⁷ José Salcedo Machado, “Arbitraje inversionista – Estado: la necesidad de reforzar su legitimidad mientras se forjan cambios mayores”, *Revista Arbitraje PUCP*, n.º 5 (2015): 18, revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16679/17011.

⁸⁸ *Ibíd.*

flujo de inversión extranjera directa al país; de ahí, la importancia de identificar las cláusulas de solución de controversias que nuestros principales socios en materia de inversión extranjera lo contemplan en sus acuerdos de inversión, ya que seguramente, al menos así debería ser, Ecuador debería impulsar acuerdos de inversión con los principales socios, y un punto de partida para construir un acuerdo es analizar la situación en la que nuestros socios se desenvuelven.

La determinación de las disposiciones de solución de controversias dentro de un acuerdo internacional de inversión se la puede concebir como un proceso en virtud del cual las partes (Estados contratantes o inversor- Estado contratante) acuerdan una serie de aspectos, normas y procedimientos que regirán en el marco de la solución de controversias, cuyo objetivo es garantizar el cumplimiento de las disposiciones del acuerdo de inversiones y otorgar protección jurídica a las inversiones.

En este marco, este análisis aborda los principales elementos jurídicos incorporados en las cláusulas de solución de controversias de los acuerdos de inversión, relativos a los siguientes aspectos:

1. Alcance de las controversias,
2. Mecanismos de solución de controversias,
3. Derecho aplicable a la solución de controversias, y;
4. La naturaleza y el alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias.⁸⁹

1. Alternativas en la solución de controversias en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible propuestas por la Unctad

La Unctad ha identificado algunas alternativas de reforma de los acuerdos internacionales de inversión, mediante la introducción de cambios al régimen internacional de inversiones y dentro de este, al sistema de solución de controversias, entre cuyos objetivos se pueden destacar los siguientes:

- a. Salvaguardar el derecho del Estado a regular en beneficio del interés público, garantizando que la formulación de las políticas públicas no sea restringida,

⁸⁹ Suiza Unctad, “Colección de publicaciones de la UNCTAD sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2003, 13, https://UNCTAD.org/es/Docs/teitit20031_sp.pdf.

- b. Fortalecer la legitimidad del sistema de solución de controversias sobre inversiones a partir de la reforma al sistema actual; y,
- c. Aumentar la coherencia sistémica del régimen de los acuerdos internacionales de inversión con el objetivo de mejorar el sistema actual, subsanarlo de sus deficiencias, duplicaciones e incoherencias.⁹⁰

La reforma del régimen internacional de inversiones busca llegar a un equilibrio entre la protección de las inversiones y el cumplimiento de los objetivos que marcan el desarrollo sostenible, planteando procesos de ajuste y revisión que consideran la introducción de ajustes puntuales en las políticas de inversión; una reforma sistemática enfocada a que los compromisos y resultados de la relación inversión-Estado se enmarquen en el desarrollo sostenible; o un apartamiento total al régimen internacional que implicaría denunciar los tratados de inversión.⁹¹

Los países pueden introducir ajustes puntuales en las políticas de inversión, incluyendo ajustes selectivos en sectores que se vinculan con el desarrollo sostenible mediante un proceso a partir del cual se pueden fijar especificidades en el tratamiento y selección de los mecanismos de solución de controversias dirigidos para estos sectores.

La reforma sistemática implica un cambio de paradigma de la inversión y del desarrollo, que conllevaría la estructuración de un nuevo modelo de tratados de inversión enfocados hacia el desarrollo sostenible, promoviendo una relación más equitativa a causa de un mayor equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes, conllevando a su vez una reforma al sistema de solución de controversias inversor-Estado, que puede materializarse a través de enmiendas o renegociaciones de los tratados. Por la naturaleza de la reforma se requiere la voluntad política de los países, pues no se cuenta con un acuerdo multilateral en materia de inversiones.⁹²

A nivel mundial en espacios como el Foro Mundial de Inversiones desarrollado en el año 2014, se ha definido como necesaria esta reforma sistemática, considerando que debe ser gradual y amplia, impulsada multilateralmente para que tenga resultados eficaces.⁹³

⁹⁰ Suiza Unctad, “Informe sobre las inversiones en el mundo 2015”, 15-6.

⁹¹ Suiza Unctad, “Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2015, 15-7, TD/B/CII/EM4/2 https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciiem4d2_es.pdf.

⁹² Suiza Unctad, “Informe sobre las inversiones en el mundo 2015”, 33.

⁹³ Suiza Unctad, “Informe sobre las inversiones en el mundo 2014”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2014, 10, https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf.

De tal manera que, no resultaría nada beneficioso para un Estado o un inversor quedar fuera de esta nueva visión, de este nuevo paradigma en la relación inversor-Estado, conociendo además que el enfoque de la reforma es el desarrollo sostenible y una relación más equilibrada, beneficia a cada una de las partes.

Por su parte, la idea de una separación total del régimen internacional que implicaría que un Estado denuncie todos sus tratados de inversión vigentes, no contribuiría a una reforma del régimen internacional de inversiones, pues podría entenderse como un acto unilateral cuyo objetivo sea exclusivamente denunciar el acuerdo internacional; y no precisamente mejorar o transformar el sistema actual.

Además, con las cláusulas de supervivencia, el tratado se mantendría vigente por un cierto tiempo manteniendo las prerrogativas del inversor en cuanto a la capacidad de iniciar un proceso de arbitraje internacional contra el Estado. Situación distinta se produciría, es decir sería un aporte en una reforma al régimen internacional, si la denuncia del tratado se enfoca en la renegociación, lo que conllevaría que la relación inicial se mantiene y se promovería una reforma, con el ánimo de mejorar las condiciones establecidas en el tratado, en términos de equidad, desarrollo sostenible, prevención de controversias, entre otros aspectos.

Respecto a los ajustes del régimen de inversiones y dentro de estos al sistema de solución de controversias en materia de inversiones, tal como se describió en el capítulo uno de este trabajo investigativo, existen críticas que distintos sectores han realizado al arbitraje internacional evidenciando que no se ha cumplido con los resultados esperados en términos de transparencia, equidad y un real fomento a la inversión. En este contexto, la Unctad recoge cinco propuestas de reforma al sistema de solución de controversias que han sido analizadas en una serie de encuentros de expertos, foros de representantes de varios países del mundo, y que también fueron examinadas en la Conferencia sobre los Acuerdos Internacionales de Inversión desarrollada en el marco del Foro Mundial de Inversiones del año 2014; siendo estas las siguientes:

- a. Promocionar el uso de MASC,
- b. Limitar el acceso al sistema de solución de controversias,
- c. Introducir mecanismos de apelación,
- d. Crear un tribunal internacional permanente de inversiones; y,

- e. Mejorar el sistema vigente dotándolo de mecanismos de participación, transparencia, entre otros.⁹⁴

Cada una de estas propuestas tiene diferente alcance y significan un aporte en las nuevas tendencias de ajustes a las políticas de inversión y a la solución de controversias, que se describen a continuación:

- a. La promoción de métodos alternativos de solución de controversias, tales como la conciliación y mediación en las que participa un tercero neutral que facilita el diálogo entre las partes, a partir del cual pueden encontrar una solución a la controversia, previniendo que esta se agrave y manteniendo la relación amigable entre las partes.

Sin embargo, una de las desventajas que desincentiva, en cierta manera, el iniciar un proceso como estos es la voluntariedad para activar y mantenerse en el proceso, así como para llegar a un acuerdo que solucione la controversia, pues exclusivamente depende de la voluntad de las partes al no ser obligatorios. Por tanto, estos métodos no podrían ser considerados como la única opción para solucionar las controversias, ya que frente a la falta de acuerdo para resolverla, sería necesario tener un mecanismo jurisdiccional, al menos como última alternativa, para resolver dicha controversia.

Adicionalmente a la promoción de los métodos alternativos a través de su fortalecimiento, también es importante el acompañamiento de políticas de prevención y gestión de controversias, estas políticas no requieren de la suscripción de tratados de inversión o de la autorización de la otra parte; pueden nacer de la iniciativa del Estado receptor llegando a ser muy útiles para atender de forma inmediata un problema o una necesidad del inversor, de tal manera prevenir una controversia.

- b. La otra opción de reforma a la solución de controversias inversor-Estado es muy puntual, se refiere a limitar el acceso al arbitraje internacional de tal forma que sea considerado como un mecanismo excepcional. En el Informe sobre las inversiones en el mundo 2011, la Unctad identifica dos maneras de conseguir esta reforma:

La primera es la exclusión de ciertos tipos de reclamaciones o sectores por ejemplo temas relacionados a bienes inmobiliarios, a sistema financiero, reclamaciones derivadas de medidas de protección de intereses de seguridad nacional, de política pública de salud, de seguridad social, entre otras.

La segunda es el agotamiento de los recursos internos como requisito previo a

⁹⁴ Suiza Unctad, “Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión”, 6-11.

iniciar un proceso de arbitraje internacional, con lo cual se considera que el número de trámites de solución de controversias inversor-Estado se reduciría considerablemente. Este tipo de requisitos, no solo frenaría un posible uso excesivo del arbitraje, sino daría la posibilidad de que, en las instancias internas de un Estado, ya sean administrativas o judiciales, se pueda plantear una solución a la controversia, sin que sea necesario recurrir a una instancia arbitral. Reconociendo que este requisito es utilizado para acceder a instancias judiciales internacionales; se considera que devolvería el equilibrio en la relación inversor-Estado; así como también se incentivaría a fortalecer y transparentar el sistema judicial interno de los países propiciando una mayor seguridad jurídica para los inversores, profesionalización y estudio sobre la realidad de las relaciones inversor-Estado.

Sin embargo, siendo una reforma del procedimiento y mecanismo de solución de controversias debe ser acordado por las partes de un tratado, de tal forma que, en caso de mantener un tratado de inversión este puede ser renegociado o enmendado; mientras que, en caso de no tener el respaldo de la otra parte puede ser denunciado unilateralmente teniendo presente que bajo la cláusula de supervivencia, las condiciones iniciales se mantendrían vigentes por 10, 15 o 20 años después de haber sido denunciado.⁹⁵

c. La incorporación del recurso de apelación en el sistema de solución de controversias fortalecería la previsibilidad de la normativa contenida en el tratado de inversión; permitiría revertir y arreglar el contenido de los laudos de primera instancia y mejoraría la coherencia en la jurisprudencia.

La creación de un tribunal permanente que se encargue del recurso de apelación, puede concretarse a partir de la decisión multilateral de los Estados, es preciso indicar que en marco de la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional se viene trabajando en posibles reformas al sistema de solución de controversias inversor-Estado a partir de lo cual se analiza la posibilidad de incorporar precisamente el recurso de apelación, entre otras reformas.⁹⁶

Este recurso prestaría singular atención a una serie de críticas que ha recibido el

⁹⁵ *Ibíd.*, 8-9.

⁹⁶ Dentro del Grupo de Trabajo de la CNUDMI encargado de trazar una posible reforma al sistema de solución de controversias en materia de inversiones, el pronunciamiento oficial que hizo llegar el Ecuador a este grupo de trabajo establece que es necesario que el sistema de solución de controversias inversor-Estado “permita que la revisión se extienda al fondo del laudo mediante un sistema que admita el recurso de apelación”, se entendería que sin establecer propuestas concretas, se estaría de acuerdo con una propuesta de incorporación de dicho recurso de apelación. En ONU CNUDMI, “Comunicación del Gobierno de la República del Ecuador”, *CNUDMI*, 2019, 3, <https://undocs.org/sp/A/CN.9/WG.III/WP.175>.

sistema de arbitraje internacional como principal mecanismo, ya que en la práctica se considera que serviría para dotarle de legitimidad al proceso, equilibrio en sus resoluciones y favorecería a la imparcialidad de los árbitros, pues tendrían que manejar con mayor rigor la normativa y motivar suficientemente sus resoluciones, a fin de que estas no sean apeladas permanentemente y su función no sea desprestigiada.

d. Por su parte, la creación de un tribunal internacional permanente constituiría un cambio sustancial en el sistema de solución de controversias, con el que se eliminaría o reduciría la utilización de los tribunales ad hoc. Consistiría en uno permanente integrado por jueces designados por los Estados parte del convenio de creación de dicho tribunal, y se mantendrían por un periodo fijo en sus funciones. Hay quienes consideran que un tribunal de este tipo dotaría de imparcialidad e independencia a quienes imparten justicia, debido a que su estabilidad laboral estaría garantizada, cuestión que también influiría en los resultados de administración de justicia estableciendo una coherencia en las resoluciones y también consolidando jurisprudencia.

Paralelamente en el Marco de las Políticas de Inversión para el Desarrollo Sostenible, la Unctad del año 2015 concentró en su instrumento técnico denominado *Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión*, las innovaciones y experiencias que desde el año 2012 se han podido obtener de los informes de inversiones de los países a nivel global; en el cual establece un conjunto de principios, directrices y una guía que hoy por hoy sirven de referencia para un gran número de países en la formulación de nuevas alternativas en el marco de las políticas de inversión y en la negociación de nuevos acuerdos de inversión a nivel mundial.

La Unctad plantea un mayor protagonismo de los Estados receptores en el proceso de implementación de los acuerdos internacionales, pues se ha evidenciado que los Estados, la mayoría de ellos en desarrollo, se han acostumbrado a suscribir los acuerdos esperar que se realice la inversión y empezar a actuar cuando un conflicto se ha suscitado y el Estado es convocado a un centro de arbitraje, lo que ha conllevado una serie de riesgos y pérdidas para los Estados, así como la ruptura de las relaciones con los inversores. En este contexto, la Unctad identifica la necesidad de trabajar en los siguientes ejes:

- a. Los acuerdos internacionales de inversión sean monitoreados luego de su negociación, para potenciar y fortalecer la relación con los inversores facilitando el cumplimiento de los compromisos, de los derechos y obligaciones acordadas;
- b. Se establezcan mecanismos de prevención de conflictos incluyendo el uso de

los MASC, la garantía de transparencia en la toma de decisiones en el ámbito público; y,

- c. Mecanismos de evaluación de la implementación del acuerdo, para identificar el cumplimiento de los objetivos planteados, con el fin de tomar correctivos necesarios o intensificar las medidas que han sido útiles; de igual forma para ir actualizando un acuerdo modelo y en caso de que sea necesario renegociando los acuerdos vigentes.⁹⁷

1.1 Otras alternativas prácticas en la solución de controversias

Una vez identificadas las propuestas de la Unctad en la reforma para la solución de controversias abordadas en el Foro Mundial de Inversiones 2014, se dio paso a nuevas propuestas realizadas por dicho organismo en el año 2015, en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible que resalta la necesidad de trabajar por un equilibrio entre derechos y obligaciones de las partes; reconocer el derecho a regular que tienen los Estados; reformar la promoción de la inversión y del sistema de resolución de controversias inversor-Estado,⁹⁸ específicamente sobre este último propone, a más de los elementos determinados en el año 2014, establecer con claridad el alcance del consentimiento para someterse a la solución de diferencias, garantizar una mayor transparencia en los procesos, que en la solución de controversias se tomen en consideración el accionar tanto del Estado receptor como de los inversores, fortalecer la actuación de los sistemas judiciales nacionales, incluso se plantea la posibilidad de abstenerse de ofrecer la solución de controversias inversor-Estado.⁹⁹

Con este preámbulo, en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible, la Unctad caracteriza el contenido de los elementos jurídicos que usualmente son incluidos en las cláusulas de solución de controversias, entre los cuales se encuentran los siguientes: alcance de las controversias, mecanismos de solución de controversias, derecho aplicable a la solución de controversias; y, la naturaleza y el alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias.

⁹⁷ Suiza Unctad, “Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible”, *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*, 2015, 58-9, <https://investmentpolicy.UNCTAD.org/investment-policy-framework>.

⁹⁸ *Ibíd.*, 44.

⁹⁹ *Ibíd.*, 52, 97.

1.1.1 Alcance de las controversias

Implica determinar el tipo y ámbito de las controversias que dan lugar a la aplicación de las disposiciones de solución de controversias.¹⁰⁰ No todas las controversias pueden ser sometidas al mismo mecanismo de solución, razón por la que es importante identificar la forma de definir su naturaleza.

Los asuntos y las cuestiones se identifican como figuras más amplias que las controversias, todas estas pueden generar problemas por ejemplo sobre la interpretación o aplicación del acuerdo de inversión.

En el alcance se puede excluir ciertos tipos de problemas, por lo tanto, no podrían someterse a las disposiciones de la solución de controversias conforme al acuerdo internacional, de igual manera se puede determinar requisitos o condiciones que deben cumplir las controversias para someterse al mecanismo establecido en el acuerdo.

Según la Unctad en su guía para los acuerdos internacionales de inversión para el desarrollo sostenible, se puede identificar lo siguiente:

a. Establecer la gama de controversias que pueden ser resueltas a través del arbitraje inversor-Estado, entre las que se encuentran: cualquier controversia jurídica en materia de inversiones ya sea que nazca del acuerdo internacional, del contrato o de la legislación nacional, controversias que nacen exclusivamente de instrumentos identificados previamente, aquellas relacionadas específicamente a violaciones al acuerdo internacional; y, contrademandas de los Estados.

b. Delimitar el alcance a la solución de controversias inversor-Estado, a través de:

i. La exclusión de ciertas disposiciones del acuerdo y/o áreas sensibles como seguridad nacional, medio ambiente, salud, derechos humanos o medidas fiscales no equivalentes a expropiación.

ii. Establecer un plazo de tiempo a partir de suscitados los hechos materia de la reclamación, en el que se pueda activar el mecanismo de solución de controversias; lo que se conoce como periodo de caducidad.

iii. Prohibir el inicio de la solución de controversias inversor-Estado a ciertos inversores, por ejemplo, aquellos que utilizan empresas ficticias o también conocidas como fantasmas, que realizan una inversión pero no realizan ninguna operación

¹⁰⁰ Suiza Unctad, “Solución de Controversias entre Estados”, 13.

económica-productiva real en el Estado de origen, y lo hacen para obtener la planeación de la nacionalidad o el acuerdo más favorable.¹⁰¹

c. Establecer como requisito previo, el agotar las instancias locales antes de recurrir a la solución de controversias inversor-Estado, a través de:

i. La exigencia expresa de agotar las instancias administrativas y judiciales locales, previo a acceder al arbitraje internacional.

ii. En caso de que la reclamación en instancias internas no haya tenido resolución o esta no es de satisfacción del inversor, se accederá a la instancia arbitral internacional.

d. El Estado se reserve la facultad de otorgar su consentimiento antes de someterse al arbitraje internacional, para cada controversia que llegare a presentarse.

1.1.2 Mecanismos de solución de controversias

Se pueden distinguir procesos secuenciales que pueden iniciar con acercamientos amistosos bilaterales, posteriormente proceder en instancias donde un tercero neutral participa facilitando el diálogo o a su vez acudir a instancias jurisdiccionales.

La Unctad en el instrumento técnico que es guía para los acuerdos internacionales recoge alternativas con respecto a los mecanismos de solución de controversias,¹⁰² entre los cuales tenemos:

i. El arbitraje Estado-Estado como opción, frente a cualquier diferencia sin resolver relacionada al acuerdo internacional de inversiones;

ii. Consultas y negociación previas y/o conciliación o mediación, como opcional o requerimiento; y,

iii. Otra alternativa es que el arbitraje Estado-Estado sea el único mecanismo arbitral disponible para la solución de controversias en materia de inversiones.

Además, plantea el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias inversor-Estado, incluyendo cambios en materia procesal, tales como:

i. Garantizar transparencia en el proceso, mediante autorización garantizar el acceso público a documentos arbitrales y permitir la participación de las partes no contendientes interesadas como: organizaciones de la sociedad civil, colectivos o comunidades,

¹⁰¹ Suiza Unctad, “Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible”, 44.

¹⁰² *Ibíd.*, 77-9.

ii. Se recomienda la incorporación por referencia de las normas de transparencia de la CNUDMI y la adhesión a la Convención de Transparencia de la ONU,

iii. Fortalecer los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros; conformar los tribunales arbitrales a través de sorteo y establecer códigos de conducta.

iv. Crear mecanismos para desestimar sin mayor trámite las demandas evidentemente injustificadas,

v. Establecer de forma equitativa los costos, así como establecer límites a los honorarios de los árbitros; y,

vi. Establecer mayor protagonismo de los Estados en la interpretación de los acuerdos internacionales, a fin de que los tribunales refieran a las partes contratantes ciertos temas sensibles para una determinación conjunta, dejando sentado que, de no llegarse a concretar se resolverá a través de un mecanismo Estado-Estado.

Respecto al marco institucional y mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, la Unctad destaca los siguientes cambios:

i. Incluir el recurso de apelación que, en caso necesario, corrija las decisiones de los tribunales de primera instancia,

ii. Crear una corte internacional permanente de inversión que sustituya a los actuales tribunales arbitrales ad hoc, competente para conocer y resolver cualquier controversia en materia de inversiones inversor-Estado o Estado-Estado. Esta corte podría también mantener una instancia de apelación,

iii. Utilizar los métodos alternativos de solución de conflictos tales como: la conciliación o la mediación, que servirían para evitar que escale el conflicto, resolver la controversia y mantener la relación inversor-Estado; y,

iv. Concretar mecanismos de prevención de disputas a través de defensores de la inversión (*ombudsperson*) y/o oficinas de promoción de inversión.

Finalmente, establece como otra alternativa, impulsar los mecanismos de solución de controversias en instancias nacionales, para el efecto estos mecanismos se pueden establecer como opción previa al arbitraje internacional, o las partes pueden omitir al arbitraje inversor-Estado como mecanismo de solución de controversias, y en su lugar fortalecer los sistemas administrativos y judiciales para lograr óptimos resultados, logrando solucionar las controversias en materia de inversiones y manteniendo la relación inversor-Estado, para lo cual es importante estudiar la necesidad de que los tribunales locales apliquen los acuerdos internacionales directamente a la solución de controversias.

1.1.3 Derecho aplicable a la solución de controversias

Tiene plena relación con las leyes, normas o principios aplicables para la solución de las controversias. Se tendrá como punto de partida lo contenido en el acuerdo internacional, sin embargo, lo que no está previsto puede referir a las normas del derecho internacional, al principio de equidad (*ex aequo et bono*); así como también a las normas de procedimiento.¹⁰³

Se puede decir en forma general que, en el ámbito del derecho aplicable a la solución de controversias, los árbitros tienen un amplio espectro de actuación, una vez que las partes acuerden el mecanismo de solución en el tratado, el derecho aplicable constante en la cláusula correspondiente será el derecho al que la solución de controversias se sujetará.

En las relaciones inversor-Estado, en lo que a solución de controversias se refiere, se establecen tres opciones en cuanto a derecho aplicable

- a. Las normas contenidas en el acuerdo,
- b. El derecho nacional del Estado receptor; y,
- c. Los principios y normas del derecho internacional.¹⁰⁴

1.1.4 La naturaleza y el alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias

La naturaleza de los resultados está anclada al tipo de mecanismo utilizado. Es así que, en el caso de seguir un proceso bilateral como la negociación o la consulta, el acuerdo de transacción al que se llega amistosamente sería la terminación de la controversia. Por definición sería de obligatorio cumplimiento caso contrario conllevaría la responsabilidad del Estado, en el caso del mecanismo Estado-Estado. En tal razón los resultados de este tipo de procesos generalmente no son vistos como definitivos a diferencia de los fallos judiciales o laudos arbitrales.¹⁰⁵

Mientras que si se sigue un proceso arbitral termina con un laudo, cuya naturaleza y alcance implica una “decisión no sólo (...) definitiva y obligatoria sino también

¹⁰³ Suiza Unctad, “Solución de Controversias entre Estados”, 21.

¹⁰⁴ Millán Requena Casanova, “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 24 (2012), 24, ISSN 1697-5197, <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/>.

¹⁰⁵ Suiza Unctad, “Solución de Controversias entre Estados”, 23.

ejecutable”¹⁰⁶ y exigible, más aún cuando los Estados manifiestan su compromiso en “reconocer y ejecutar el laudo en sus respectivos territorios de acuerdo a su derecho interno”.¹⁰⁷

Por su lado la Unctad, en el marco del análisis y las propuestas planteadas en la guía de acuerdos internacionales, resalta que en la mayoría de acuerdos internacionales de inversión al no establecer medidas específicas de reparación e indemnización, los tribunales arbitrales pueden imponer cualquier medida de reparación, inclusive como no tiene un límite en cuanto a la reparación o indemnización, se puede llegar a atentar con la soberanía o estabilidad del Estado demandado al disponer que se derogue o reforme una normativa, o al establecer una indemnización nada proporcional al caso o a la situación económica del Estado receptor. Por esta razón, la Unctad recoge algunas alternativas, tales como:

- a. Limitar los recursos legales a través de los cuales se puede requerir indemnización monetaria y/o restitución de la propiedad;
- b. Regular las indemnizaciones estableciendo la proporcionalidad de su cuantía en relación al caso;
- c. Descartar la posibilidad de exigir indemnización por daño moral o punitivo;
- d. Restringir el lucro cesante por ejemplo a la fecha de emisión del laudo;
- e. Establecer proporcionalidad de la indemnización en referencia al capital invertido y los intereses legales; y,
- f. Establecer proporcionalidad de la indemnización en relación al nivel de desarrollo de la economía del país.¹⁰⁸

2. Casos de estudio: aspectos jurídicos, procedimentales e institucionales de los mecanismos de solución de controversias en los nuevos acuerdos de inversión

Este estudio se fundamenta en el análisis de las cláusulas de solución de controversias de los nuevos acuerdos de inversión, suscritos a partir del año 2015, de los cinco principales socios del Ecuador, a nivel del continente americano, en materia de inversión extranjera directa que, según estadísticas del Banco Central descritas en la Tabla

¹⁰⁶ Millán, “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”, 27.

¹⁰⁷ *Ibíd.*

¹⁰⁸ Suiza Unctad, “Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo”, 81.

1 entre el periodo 2013-2017, son los siguientes: EEUU, Uruguay, Canadá, Perú y Chile,¹⁰⁹; a fin de identificar los elementos jurídicos sustantivos y las nuevas tendencias en el marco de las políticas de inversión propuestas en la Unctad que podrían contribuir como parámetros jurídicos referenciales para la identificación de alternativas en la solución de controversias en materia de inversión para el caso ecuatoriano.

Tabla 1
Inversión directa en Ecuador, cinco principales países de América
(período 2013-2018)

Nro.	País	Total 2013-2018 (en miles)	Promedio anual (en miles)
1	Estados Unidos	426.583,78	71.097,30
2	Canadá	421.734,88	70.289,15
3	Uruguay	372.181,58	62.030,26
4	Perú	216.359,62	36.059,94
5	Chile	214.353,11	35.725,52

Fuente: Banco Central del Ecuador¹¹⁰

Elaboración propia

En este contexto, los tratados o acuerdos internacionales de inversión suscritos por los cinco principales países que registran mayor flujo de inversión extranjera directa en Ecuador (Estados Unidos, Uruguay, Canadá, Perú y Chile), cuyas normas o cláusulas de solución de controversias serán analizadas, se describe en el siguiente cuadro:

Tabla 2
Acuerdos de Inversión suscritos a partir del año 2015 por principales países de América de origen de Inversión Extranjera Directos para Ecuador

Nro.	Instrumento	Fecha de Suscripción	Clase	Tipo
1	Tratado de Comercio entre Estados Unidos-México-Canadá, (en adelante, T-MEC, por sus siglas en español)	30/11/2018	TLC con provisión de inversiones	Multilateral: Estados Unidos, México, Canadá
2	Acuerdo Comercial entre la República de Chile y la República de Argentina.	2/11/2017	TLC con provisión de inversiones	Bilateral: Chile, Argentina
3	Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil	29/04/2016	Tratado con provisión de inversiones	Bilateral: Perú, Brasil
4	Acuerdo entre Japón y la República Oriental del Uruguay para la liberalización, promoción y	26/01/2015	TBI	Bilateral: Uruguay, Japón

¹⁰⁹ Ecuador Banco Central del Ecuador, "Inversión extranjera directa por país de origen", *Banco Central del Ecuador*, accedido 21 de diciembre de 2018, <https://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/298-inversion-extranjera-directa>.

¹¹⁰ Cinco principales países de origen de inversión extranjera directa a nivel americano; los mismos que en promedio invierten montos que fluctúan entre 35 millones y 71 millones de dólares por año, detalle de flujos se describen en el anexo Nro. 1 que incluye la tabla de fuentes y notas sobre inversión extranjera 2013-2018 tomada de la base de datos del Banco Central del Ecuador.

protección de inversiones			
---------------------------	--	--	--

Fuente: Sistema de Información sobre Comercio Exterior de la Organización de Estados Americanos, http://www.sice.oas.org/countries_s.asp

Elaboración propia

A continuación, a través de cuadros comparativos se irá identificando y cotejando las disposiciones que cada uno de los estudios de caso presentan, de acuerdo a los cuatro parámetros que se ha trazado como punto para comparación, siendo estos:

- Alcance de las controversias
- Mecanismos de solución de controversias
- Derecho aplicable a la solución de controversias – y reglas de los mecanismos.
- Naturaleza y alcance de los resultados.

Tabla 3
Alcance de controversias en el estudio de casos

Acuerdos	Alcance de las controversias
Tratado de Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá ¹¹¹	<p>Alcance de las controversias en el T-MEC</p> <p>Régimen de transición, para los casos de reclamaciones de inversión, existentes o pendientes entre Estados Unidos, Canadá y México, hasta antes de la entrada en vigor del T-MEC. También establece ámbitos de aplicación diferenciados para las reclamaciones según los nuevos acuerdos de inversión entre México-Estados Unidos; y según contratos de gobierno cubierto¹¹² entre México-Estados Unidos.¹¹³</p> <p>Canadá al no contemplar el arbitraje internacional inversor-Estado, sus inversionistas canadienses podrán iniciar procedimientos de impugnación ante tribunales nacionales</p>

¹¹¹ México, *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, 30 de noviembre de 2018. <http://www.sice.oas.org/Trade/USMCA/Spanish/14ESPInversion.pdf> El T-MEC por sus siglas en español o USMCA por sus siglas en inglés, fue suscrito el 30 de noviembre de 2018, actualmente se encuentra en proceso de ratificación de cada una de las partes, en el caso de México, su Senado ya lo aprobó, y ahora estaría pendiente en E.E.U.U. y Canadá. Se trata de un tratado renegociado en reemplazo del anterior Tratado de Libre Comercio de América del Norte (TLCAN) del año 1994. Secretaría de Gobernación, Diario Oficial de la Federación, Publicado en el Diario Oficial de la Federación, Sección Segunda, Tomo CDLXXXIII, No. 14, el 20 de diciembre de 1993, México, D.F. <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=1993&month=12&day=20>.

El capítulo 14 del tratado establece el régimen de solución de controversias en materia de inversión, desarrollando sus procedimientos y mecanismos a utilizarse conforme a lo dispuesto en: a. *Anexo 14-C* que trata sobre Transición para reclamaciones de inversión y reclamaciones pendientes entre Estados Unidos, Canadá y México, b. *Anexo 14-D* sobre Solución de controversias de inversión México Estados Unidos; y, c. *Anexo 14-E* sobre Solución de controversias de inversión México-Estados Unidos relacionadas con contratos de Gobierno Cubiertos.

¹¹² Se conoce como *contrato de gobierno cubiertos* a todo acuerdo por escrito entre una autoridad nacional de una parte y un inversionista de la otra. Los sectores cubiertos son: petróleo, gas natural, generación de energía, telecomunicación, transporte, propiedad o administración de infraestructura y dentro de esta: caminos, vías, ferroviarias, puentes, canales o presas. En México, *T-MEC*, 30 de noviembre de 2018.

¹¹³ México, *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, 30 de noviembre de 2018, anexo 14-E.

	mexicanos y estadounidenses, así como tampoco los inversionistas de México y Estados Unidos podrán iniciar arbitrajes inversor-Estado con Canadá. ¹¹⁴
Acuerdo Comercial ¹¹⁵ entre la República Argentina y la República de Chile ¹¹⁶	Alcance de las controversias Acuerdo Argentina-Chile Las disposiciones del capítulo de inversión y su sección sobre solución de controversias son aplicables a las medidas que adopte o mantenga una parte en relación a los inversionistas de la otra parte, y a las inversiones protegidas. Establece como temáticas que no podrán ser sometidas a arbitraje, las contenidas en: a. Sobre los casos de inversión que vayan contra los objetivos de medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios y de responsabilidad social corporativa, ¹¹⁷ b. Inversiones que estén vinculadas con actos de corrupción; y, c. Se indica que exclusivamente el inversor podrá iniciar un proceso de arbitraje conforme a la violación de la sección de obligaciones. ¹¹⁸
Acuerdo ¹¹⁹ de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil ¹²⁰	Alcance de las controversias Acuerdo Perú-Brasil Las cláusulas sobre solución de controversias se aplican a todas las inversiones realizadas antes o después de la entrada en vigor del acuerdo. El acuerdo no podrá ser invocado para temas que hayan adquirido la naturaleza de cosa juzgada en el ámbito nacional. ¹²¹ Las disposiciones del capítulo de inversiones no pueden ser relacionadas a situaciones que existieron antes de la entrada en vigor del acuerdo. ¹²² Quedan excluidos de ser sometidos al arbitraje entre Estado los sectores relacionados con inversión y medidas sobre salud, medioambiente y otros objetivos regulatorios en materia social; responsabilidad social corporativa y lucha contra la corrupción e ilegalidad. ¹²³ Se determina como plazo máximo 5 años, para el inicio del arbitraje Estado-Estado, desde que el inversionista tuvo o debió haber tenido conocimiento de la supuesta violación a las disposiciones del acuerdo. ¹²⁴
Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y	Alcance de las controversias Acuerdo Uruguay-Japón La solución de controversias rige respecto a las medidas en inversiones existentes a la fecha de entrada en vigencia del acuerdo, por las pérdidas o daños debido a la violación de alguna obligación establecida en el tratado. ¹²⁶ En general, el acuerdo y las cláusulas de solución de controversias “no se aplicarán a reclamaciones respecto a eventos que ocurrieron o dejaron de existir, o a reclamaciones que hayan sido resueltas, antes de la entrada en vigor”. ¹²⁷ Se determina un plazo máximo de 3 años para que una controversia sea sometida a arbitraje inversor-Estado, contados desde

¹¹⁴ Cruz Oscar y Carlos Reyes, “El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones”, *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n.º 1 (2018): 44.

¹¹⁵ El Acuerdo Comercial entre Argentina y Chile fue suscrito el 2 de noviembre de 2017, que complementa al Acuerdo de Complementación Económica entre Chile y Mercosur (ACE 35) a través de un Protocolo Adicional a dicho Acuerdo. El capítulo 8 del acuerdo, en su sección B, se encuentran las cláusulas de solución de controversias entre ambas partes.

¹¹⁶ Argentina, *Acuerdo Comercial entre la República de Chile y la República de Argentina*, Boletín Oficial Registro Nro. 27497, fecha de publicación 10-01-2019. e. 10/01/2019 N.º 1606/19 v. 10/01/2019 <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/199852/20190110?busqueda=1>.

¹¹⁷ Chile, *Acuerdo Argentina - Chile*, art. 8.14,8.17.

¹¹⁸ *Ibid.*, art. 8.24.

¹¹⁹ Perú, *Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil*, pendiente de ser ratificado por las partes http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/brasil/Acuerdo_de_Profundizacion_Economico_Comercial_PE-BR.pdf.

¹²⁰ El Acuerdo de Profundización Económico Comercial se suscribió el 29 de abril de 2016, su capítulo 2 contiene las cláusulas de solución de controversias, específicamente la sección C denominada gobernanza institucional y prevención de controversias.

¹²¹ Alberto Arroyo Picard y Luciana Ghiotto, “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”, *Relaciones Internacionales*, n.º 52 (2017): 6, ISSN1515-3371, http://sedici.unlp.edu.ar/bitstream/handle/10915/61155/Documento_completo.pdf?sequence=1&isAllowed=y.

¹²² Perú, *Acuerdo Perú – Brasil*, art. 2.2

¹²³ Perú, *Acuerdo Perú – Brasil*, art. 2.21.3.

¹²⁴ *Ibid.*, art. 2.21.

¹²⁶ Uruguay, *Acuerdo Japón-Uruguay*, art. 2.1

¹²⁷ *Ibid.*, art. 2.2.

protección de inversiones ¹²⁵	la fecha en que el inversor tuvo pérdidas o afectaciones en relación a lo establecido en el acuerdo. En el alcance y ámbito de aplicación del acuerdo expresamente se precautela el ejercicio de la función pública de cada una de las partes para cumplir con las leyes nacionales, la salud, la educación, etc. (art. 2.3).
--	--

Fuente: Tratado T-MEC, Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil, Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones.

Elaboración propia

Tabla 4
Mecanismos de solución de controversias

Acuerdos	Mecanismos de solución de controversias
Tratado de Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá	<p>Mecanismos de solución de controversias en el T-MEC:</p> <p>En el periodo de transición, las reclamaciones de inversión y reclamaciones pendientes surgido según el Tratado de Libre Comercio de América del Norte (en adelante TLCAN) (1994), podrán someter a consulta y negociación, así como arbitraje inversor-Estado.¹²⁸</p> <p>Para las controversias que surjan de nuevas inversiones entre Estados Unidos-México, se contemplan los siguientes mecanismos (anexo 14-D):</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Consulta y negociación, como procedimientos de carácter no vinculante con participación de terceros, a través de buenos oficios, conciliación o mediación,¹²⁹ b. Tribunales judiciales o administrativo locales de la parte demandada, cuyas instancias deben ser agotadas; y, c. Arbitraje, que requiere el consentimiento por escrito de las partes de la controversia.¹³⁰ Se establecen requisitos para acceder al arbitraje, tales como: <ul style="list-style-type: none"> i. Agotar los procedimientos ante instancias locales del Estado demandado (judiciales o administrativos); ii. Obtener una decisión de un tribunal de última instancia del Estado receptor, o luego de 30 meses desde la fecha que inició el procedimiento local; iii. Existe un plazo límite para presentar el reclamo, hasta 4 años desde la fecha en que la demandante tuvo conocimiento de la presunta violación, pérdidas o daños; iv. Notificación del arbitraje acompañada de la renuncia del demandante a iniciar o continuar un procedimiento judicial o administrativo de solución de controversias. Sin embargo, durante la tramitación del arbitraje, se podrá iniciar o continuar con medidas precautorias sin requerir pago de daños pecuniarios.¹³¹ <p>Existe la limitación para el caso de inversiones estadounidenses en México, pues una controversia no podrá ser conocida ante dos foros,¹³² es decir no podrá someterse a arbitraje y ante un tribunal judicial o administrativo mexicano; no obstante, no determina nada respecto a inversiones mexicanas en Estados Unidos.¹³³</p>

¹²⁵ Uruguay, *Ley N° 19.470 de 23.12.016 de aprobación del Acuerdo entre Japón y la República Oriental del Uruguay para la liberación, promoción y protección de inversiones*, Diario Oficial No. 29.628, 23 enero 2017, <http://apc.mef.gub.uy/innovaportal/file/726/13/acuerdo-entre-japon-y-la-republica-oriental-del-uruguay-para-la-liberalizacion-promocion-y-proteccion.pdf>

¹²⁸ Art. 1118-20 del TLCAN. El régimen de transición en el T-MEC es desarrollado en el anexo 14-C, que contempla que hasta tres años posteriores a la terminación del TLCAN de 1994 podrá impulsarse el arbitraje inversor-Estado contemplado en el TLCAN.

¹²⁹ México, *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*, 30 de noviembre de 2018, art. 14.D.2.

¹³⁰ El consentimiento y sometimiento al arbitraje deberá ser conforme a los requisitos de: 1. Un acuerdo por escrito según el Convenio CIADI y el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI; 2. Un acuerdo por escrito conforme a la Convención de Nueva York; y, 3. Un acuerdo según la Convención Interamericana (art. 14.D.4 T-MEC).

¹³¹ México, *T-MEC*, 14.D.5.

¹³² Cláusula conocida como *fork in the road*.

¹³³ Esta disposición genera una contradicción respecto de agotar la instancia nacional, además se considera como unilateral pues excluye y no especifica el escenario para las controversias que puedan tener los inversionistas mexicanos con Estados Unidos. Al respecto véase, Cruz Oscar y Carlos Reyes, "T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n.º1 (2018): 47,

	<p>Mientras en la solución de controversias de nuevas inversiones entre Estados Unidos-México el agotamiento de instancias nacionales es requisito previo para acudir al arbitraje (14-D); en el caso de contratos de gobierno cubiertos se puede acudir directamente al arbitraje inversor-Estado (14-E).¹³⁴</p> <p>No obstante que el tratado no incluye a Canadá dentro de la aplicación de los mecanismos de arbitraje inversionista-Estado, varios estudios consideran que el consentimiento por escrito para el sometimiento a un arbitraje inversor-Estado, entre estos: Ciadi o cualquier otro foro facilitará la solución de controversias a inversionistas y Estados, con Canadá.</p>
Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile	<p>Mecanismos de solución de controversias Acuerdo Argentina-Chile</p> <p>En primera instancia se plantean los mecanismos voluntarios y amistosos:</p> <p>a. Solicitud de consulta, máximo dentro de los 3 años a partir de la presunta violación, pérdidas o daños. La consulta se cumplirá en 60 días, y se enmarca en los siguientes aspectos:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. En consultas se puede requerir la reparación de daños, ii. Si en el plazo de un año a partir de la solicitud de consultas el inversionista no inicia arbitraje, se considerará la solicitud retirada y no podrá presentar reclamación con respecto a la misma causa; y, iii. Las consultas y negociaciones no se interpretarán como un reconocimiento de la jurisdicción de cualquier tribunal.¹³⁵ <p>b. Mediación, a la que puede recurrir en cualquier momento. El acuerdo establece ciertas reglas:</p> <ol style="list-style-type: none"> i. Las partes nombrarán un mediador o solicitar al Ciadi, ii. La mediación no considera plazos límites para la presentación de su solicitud.¹³⁶ c. El Arbitraje que puede activarse en el marco de los siguientes aspectos: <ol style="list-style-type: none"> i. Transcurridos mínimo 180 días desde la solicitud de consulta, ii. El arbitraje ya iniciado, puede reemplazarse por otro mecanismo de tipo amistoso, iii. Previo al arbitraje, el demandante debe renunciar a iniciar o continuar cualquier procedimiento administrativo o judicial, a excepción de solicitar medidas precautorias a fin de precautelar sus derechos y, iv. El consentimiento y renuncia a acudir a tribunales administrativos o judiciales se realizarán por escrito.¹³⁷
Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil	<p>Mecanismos de solución de controversias Acuerdo Perú-Brasil</p> <p>Como mecanismos de solución de controversias, se contempla:</p> <p>a. Consultas y negociaciones directas: como mecanismos previos al arbitraje.¹³⁸</p> <p>b. Arbitraje Estado-Estado¹³⁹ desarrollado mediante un tribunal ad hoc que tendrá un plazo máximo de 6 meses,¹⁴⁰ o las partes pueden decidir acudir a uno de los centros constituidos.</p> <p>La controversia puede someterse al arbitraje en un período máximo de 5 años contados a partir de ocasionada o conocida la violación por parte del inversor.</p> <p>Para la prevención de controversias y supervisión de los compromisos en inversiones, en el marco de lo denominado como gobernanza institucional las partes mantienen un comité conjunto; y un punto focal nacional u ombudsman designado por cada parte en su territorio, este cumple el rol de facilitador entre el inversor y las partes del acuerdo, recibirán consultas, solicitudes, inquietudes o comunicaciones en materia de inversión remitidas por la parte interesada, y las gestionará con el punto focal de la otra parte para su resolución, para lo cual definirá sus propias reglas. Deberá intercambiar información</p>

<https://biblio.juridicas.unam.mx/bjv/detalle-libro/5499-el-t-mec-usmca-solucion-de-controversias-remedios-comerciales-e-inversiones>.

¹³⁴ México, *T-MEC*, 14.E.4.

¹³⁵ *Ibíd.*, art. 8.22.

¹³⁶ *Ibíd.*, art. 8.23.

¹³⁷ *Ibíd.*, art. 8.24-6.

¹³⁸ *Ibíd.*, art. 2.20.

¹³⁹ De no surtir efecto los mecanismos de consulta o negociaciones directas; el arbitraje Estado – Estado es viable para buscar una solución a la controversia, ya que el inversionista carece capacidad para iniciar un arbitraje, en Edgard Cuestas Zamora, “Brasil y los recientes Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones: ¿un resurgimiento de la protección diplomática?”, *Debate Global*, 20 de diciembre de 2015, párr. 3, <https://debateglobal.wordpress.com/2015/12/20/brasil-y-los-recientes-acuerdos-de-cooperacion-y-facilitacion-de-las-inversiones-un-resurgimiento-de-la-proteccion-diplomatica/>.

¹⁴⁰ Perú, *Acuerdo Perú – Brasil*, art. 2.21.

	con su par a fin de para ubicar inconvenientes en los procesos de inversión así también deberá determinar soluciones. ¹⁴¹
Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones	<p>Mecanismos de solución de controversias Acuerdo Uruguay-Japón</p> <p>Se plantean mecanismos Estado-Estado e inversor-Estado.</p> <p>a. Los mecanismos Estado-Estado son de dos tipos: las consultas por vía diplomática, a ser activada en casos sobre interpretación o aplicación del acuerdo; en caso de no resolverse en 6 meses se podrá acudir a instancia arbitral. El arbitraje Estado-Estado puede desarrollarse a través de una junta arbitral ad hoc, se establecen requisitos de independencia para la designación de árbitros, en caso de que no exista consenso en la selección, se podrá solicitar a la Corte Internacional de Justicia, su designación.¹⁴²</p> <p>b. Dentro de los mecanismos inversor-Estado están: las consultas o negociaciones como primera etapa, en caso de no llegar a un acuerdo, el inversor podrá acudir a instancias locales (tribunales de justicia, administrativos u otro mecanismo de solución de controversias); la elección un tribunal administrativo o corte de justicia del Estado receptor será definitiva y no se podrá activar el arbitraje (la elección del foro es definitiva, además el inversor deberá renunciar por escrito a acudir a cualquier tribunal, previo a someter a arbitraje inversor-Estado).¹⁴³</p> <p>El arbitraje inversor-Estado puede iniciarse en caso de que la controversia no haya sido resuelta a través de consultas o negociaciones o, habiendo transcurrido 6 meses de la solicitud para las consultas; y, siempre que el inversor no hubiese activado otra instancia o mecanismo.¹⁴⁴</p> <p>Se conformará un comité conjunto con representación de ambas partes, para el fomento de los objetivos del acuerdo y también para la realización de recomendaciones a las partes, compartiendo información y promoviendo la discusión de temas relacionados al mejoramiento del clima para inversiones.¹⁴⁵</p>

Fuente: Tratado T-MEC, Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil, Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones.

Elaboración propia

Tabla 5
Derecho aplicable en la solución de controversias

Acuerdos	Mecanismos de solución de controversias
Tratado de Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá	<p>Derecho aplicable a la solución de controversias en T-MEC</p> <p>Para el periodo de transición, contempla que el arbitraje se desarrollará conforme al TLCAN de 1994, debiendo satisfacer los requisitos en cuanto consentimiento y sometimiento del Convenio del Ciadi; la Convención de Nueva York; o la Convención Interamericana (anexo 14-C).</p> <p>Para el mecanismo de arbitraje inversor-Estado (tanto para el periodo de transición, como para controversias México-Estados Unidos y en casos de contratos cubiertos) se establece que el demandante podrá presentar una reclamación conforme a las siguientes normas:</p> <ol style="list-style-type: none"> Convenio del Ciadi, siempre que las partes hayan ratificado el Convenio del Ciadi, Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi, Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; o, Si la demandante y el Estado lo acuerdan, cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.¹⁴⁶ <p>En cuanto al derecho aplicable a la controversia se determina que el tribunal arbitral se sujetará a lo establecido en el tratado, las normas aplicables al derecho internacional. Mientras que las interpretaciones que sobre el tratado realice la Comisión de Libre Comercio establecida por el tratado en su artículo 30, serán obligatorias para el tribunal (anexo 14-D).¹⁴⁷</p>

¹⁴¹ *Ibíd.*, art. 2.15-6.

¹⁴² Uruguay, Acuerdo Japón-Uruguay, art. 20. En caso del arbitraje inversor-Estado, y no existe acuerdo en la designación de árbitros, se podrá solicitar al CIADI dicha designación (art. 21).

¹⁴³ Se refiere a la cláusula conocida como *fork in the road*.

¹⁴⁴ Uruguay, *Acuerdo Japón-Uruguay*, art. 21.

¹⁴⁵ *Ibíd.*, art. 26.

¹⁴⁶ México, *T-MEC*, art. 14.D.3.3.

¹⁴⁷ *Ibíd.*, art. 14.D.9.

	El Anexo 14-E considera similares normas a las establecidas en el anexo 14-D.
Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile	<p>Derecho aplicable a la solución de controversias Acuerdo Argentina-Chile</p> <p>Mantiene expresamente el siguiente orden de prelación en lo que a derecho aplicable se refiere:</p> <ol style="list-style-type: none"> Disposiciones del acuerdo (capítulo 8), Reglas aplicables del derecho internacional; y, Ordenamiento jurídico del demandado. Se conformará una Comisión Administradora Bilateral del Acuerdo que interpretará de manera obligatoria cualquier disposición para el tribunal arbitral.¹⁴⁸ <p>En los mecanismos alternativos como: las consultas o la mediación, las normas que regulan el proceso son las que las partes hayan adoptado (art. 8.23).</p> <p>El arbitraje se enmarca primordialmente en lo establecido en el capítulo 8 del acuerdo y en segundo lugar en la o las normas del foro que las partes acuerden, entre las que están:</p> <ol style="list-style-type: none"> Convenio del Ciadi siempre que las partes hayan ratificado el Convenio; Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI; o, Las reglas de arbitraje establecidas por las partes, cuando se conforme un tribunal ad hoc. (art. 8.24). <p>El consentimiento y el sometimiento de una reclamación a arbitraje, deben cumplir con ciertos requisitos: el consentimiento por escrito de las partes según el Convenio Ciadi (Jurisdicción del Centro); la Convención de Nueva York; o, la Convención Interamericana (art. 8.26).</p> <p>La sede del procedimiento arbitral será en territorio de un Estado que sea parte de la Convención de Nueva York, elegido de acuerdo con el Convenio Ciadi o por Reglas de arbitraje de la CNUDMI, según sea el caso (art. 8.35).¹⁴⁹</p>
Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil	<p>Derecho aplicable a la solución de controversias Acuerdo Perú-Brasil</p> <p>El derecho aplicable o las normas que regulan los mecanismos de solución de controversias, son aquellas que las partes hayan adoptado a través del acuerdo o mediante las normas o resoluciones del comité conjunto,¹⁵⁰ cuyas funciones en este ámbito son las siguientes:</p> <ol style="list-style-type: none"> revisar lo referente a consultas y negociaciones directas; complementar las reglas de arbitraje para la solución Estado-Estado; y, evaluar la interpretación o aplicación de las disposiciones sobre inversiones.¹⁵¹ <p>En cuanto al mecanismo de arbitraje la normativa del tribunal arbitral será el propio acuerdo mientras que el tribunal determinará su procedimiento. Se establecerán “normas de conducta para la aplicación del entendimiento relativo a las normas y procedimientos por los que se rige la solución de diferencias de la Organización Mundial de Comercio, OMC/DSB/RC/1, de 11 de diciembre de 1996”,¹⁵² o con cualquier otra norma de conducta que determine el comité conjunto.</p>

¹⁴⁸ Chile, *Acuerdo Comercial entre la República de Chile y la República de Argentina*, 2 de noviembre de 2017, art. 8.36, 8.7, <https://www.camara.cl/pdf.aspx?prmid=8196&prmtipo=SOBRETABLA>

¹⁴⁹ *Ibíd.*, Capítulo 8 (sección B).

¹⁵⁰ Cabe señalar que en el acuerdo no se establece las reglas específicas para el desarrollo del arbitraje internacional. En Edgard Cuestas Zamora, “Brasil y los recientes Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones: ¿un resurgimiento de la protección diplomática?”, *Debate Global*, 20 de diciembre de 2015, párr. 5, <https://debateglobal.wordpress.com/2015/12/20/brasil-y-los-recientes-acuerdos-de-cooperacion-y-facilitacion-de-las-inversiones-un-resurgimiento-de-la-proteccion-diplomatica/>.

¹⁵¹ Perú, *Acuerdo Perú- Brasil*, art. 2.15, 2.20.

¹⁵² *Ibíd.*, art. 2.21.8.

Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones	<p>Derecho aplicable a la solución de controversias Acuerdo Uruguay-Japón</p> <p>En cuanto a las normas del arbitraje inversor-Estado, el inversor podrá decidir entre las siguientes: el Convenio Ciadi, Reglas del Mecanismo Complementario del Ciadi, Reglas de Arbitraje de la CNUDMI; u, otras reglas de arbitraje previo acuerdo de las partes.</p> <p>El consentimiento y el sometimiento de una controversia a arbitraje deberá cumplir con lo establecido en las siguientes normas:</p> <ol style="list-style-type: none"> Convenio Ciadi o las Reglas del Mecanismo Complementario del Ciadi para el consentimiento escrito; o, Convención de Nueva York. <p>El tribunal en el arbitraje inversor-Estado decidirá sobre la controversia en función del acuerdo y del derecho internacional. Sin embargo, para contratos de inversión relacionados con áreas de recursos naturales, infraestructura y servicios básicos, el tribunal arbitral tomará una decisión en base a las disposiciones del acuerdo o aquellas que las partes acuerden; de no haber normas legales específicas se aplicará el derecho internacional así como la legislación nacional del Estado receptor.¹⁵³</p>
--	---

Fuente: Tratado T-MEC, Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil, Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones.

Elaboración propia

Tabla 6
Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias

Tratado de Comercio entre Estados Unidos, México y Canadá	<p>Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias en T-MEC</p> <p>En el caso de los procesos de consulta y negociación tales como buenos oficios, conciliación o mediación, previstos en el tratado su naturaleza y el alcance estará determinado en un acuerdo de transacción bilateral, sin embargo, el tratado establece que no se interpretará como reconocimiento de la jurisdicción del tribunal.</p> <p>Para controversias sometidas a arbitraje, las partes contendientes podrán presentar comentarios por escrito al tribunal respecto al proyecto de decisión o laudo, los mismos que serán considerados por los árbitros, pero no serán vinculantes, para su decisión o laudo final.</p> <p>El laudo definitivo podrá contener de manera conjunta o por separado los daños pecuniarios con sus intereses; y/o la restitución de la propiedad. Se deja expresa constancia que el laudo final no podrá ordenar a la demandada, que realice modificación, derogación, adopción de una ley o regulación.¹⁵⁴ Además no se podrá ordenar el pago de daños de carácter punitivo. Se podrá conceder las costas y honorarios de abogados. Adicionalmente, el tratado reconoce que la reparación prevista en el laudo se emite sin perjuicio del derecho que cualquier persona tenga conforme al derecho interno aplicable al respecto.</p> <p>El laudo emitido por un tribunal no tiene fuerza obligatoria salvo para las partes contendientes y respecto del caso concreto. Este puede ser sujeto a recursos de revisión o anulación.</p> <p>El tratado establece constituir un panel cuando la demandada incumpla o no acate un laudo definitivo,¹⁵⁵ en tal razón la parte afectada podrá requerir lo siguiente:</p> <ol style="list-style-type: none"> Que se reconozca que el incumplimiento o desacato del laudo, es incompatible a las obligaciones del tratado; y Que se recomiende al Estado cumplir con el laudo definitivo. <p>Se reconoce la posibilidad de recurrir a la ejecución de un laudo arbitral a partir de lo que dispone el Convenio del Ciadi, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana.¹⁵⁶</p>
Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile	<p>Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias Acuerdo Argentina-Chile</p> <p>En el arbitraje, el laudo contendrá cualquiera o todas las medidas siguientes: daños pecuniarios e intereses; y/o restitución de la propiedad; costas y honorarios de los abogados que sean razonables; y, no se reconocerán daños de carácter punitivo.</p>

¹⁵³ Uruguay, *Acuerdo Japón-Uruguay*, art. 21, num. 3, 6, 14.

¹⁵⁴ México, *T-MEC*, art. 14.D.13.1.

¹⁵⁵ De conformidad con el art. 31.6 del acuerdo, sobre el establecimiento de un panel.

¹⁵⁶ México, *T-MEC*, 14.D.13.

	<p>El laudo es obligatorio solo para las partes de la controversia. Podrá ser sometido a revisión o anulación, según sea el caso.</p> <p>De incumplirse la ejecución del laudo definitivo, un tribunal arbitral podrá determinar que el desacato o incumplimiento del laudo definitivo es contrario a las obligaciones del acuerdo. También se podrá recurrir a la ejecución del laudo arbitral conforme al Convenio del Ciadi, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana.</p> <p>Se deja abierta la posibilidad de realizar ciertas modificaciones al procedimiento de solución de controversias, en el caso de que entre las partes se ponga en vigencia un tratado internacional separado, que establezca un tribunal multilateral de inversiones o un mecanismo de apelación, pudiendo las partes sujetarse a ese nuevo marco.¹⁵⁷</p>
Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil	<p>Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias Acuerdo Perú-Brasil</p> <p>Los resultados de las consultas y negociaciones pueden conllevar la prevención, así como a la solución de las controversias. En caso de no llegar a un acuerdo, a través de estos mecanismos, procede el inicio del mecanismo de arbitraje entre Estados, cuyo laudo deberá identificar la medida que es incompatible con el acuerdo,¹⁵⁸ de esta manera “determinar si el Estado receptor violó alguna de las disposiciones del acuerdo, de ser así recomendar que el Estado ajuste o elimine la medida que no cumple con las exigencias”.¹⁵⁹</p>
Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones	<p>Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias Acuerdo Uruguay-Japón</p> <p>En el arbitraje Estado-Estado las partes podrán solicitar la aclaración o interpretación de la decisión, a la junta arbitral (art. 20.8).</p> <p>En el arbitraje inversor-Estado, el laudo versará sobre los siguientes aspectos:</p> <p>a. Cumplimiento o no del Estado respecto de las obligaciones contenidas en el acuerdo; y,</p> <p>b. Si existió dicho incumplimiento se determinarán los daños pecuniarios e intereses; y/o la restitución de la propiedad.</p> <p>c. Podrá fijarse en los laudos, los costos y honorarios de los abogados. No se podrá ordenar el pago de daños punitivos.</p> <p>El laudo es definitivo y vinculante para las partes con respecto al caso en específico. Será cumplido conforme a la legislación aplicable y su ejecución estará sujeta a la Convención de Nueva York incluido el Convenio del Ciadi, de ser el caso (art. 21.20).¹⁶⁰</p>

Fuente: Tratado T-MEC, Acuerdo Comercial entre la República Argentina y la República de Chile, Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil, Acuerdo entre la República Oriental de Uruguay y Japón para la liberalización, promoción y protección de inversiones.

Elaboración propia

Una vez resaltados los temas que resultan más importantes en los estudios de caso, para su comparación e identificación, pasamos al siguiente punto, cuyo objetivo es establecer las tendencias y lineamientos en la solución de controversias, y analizarlos a la luz de las propuestas de la Unctad.

3. Tendencias y lineamientos jurídicos en la solución de controversias identificados en los casos de estudio, que guardan concordancia con las propuestas planteadas por la Unctad

¹⁵⁷ Chile, *Acuerdo Chile- Argentina*, art. 8, num. 40.

¹⁵⁸ Perú, *Acuerdo Perú- Brasil*, art. 2, num. 21.

¹⁵⁹ Fundación Friedrich Ebert, “Inversión extranjera directa y solución de controversias”, *Fundación Friedrich Ebert, Perú*, septiembre de 2018. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/14916.pdf>.

¹⁶⁰ Uruguay, *Acuerdo Japón-Uruguay*, art. 21, nums. 17, 19, 20.

3.1 Alcance de las controversias

En cada caso analizado se puede resaltar que existe un enfoque diferenciado del tipo y ámbito de las controversias. En este contexto, en el T-MEC se puede diferenciar tres ámbitos a través de los cuales se abordan las controversias, ya que las controversias reciben un tratamiento distinto conforme al tiempo, a ciertas áreas y a las partes entre las cuales se generan. De tal forma que se distinguen:

- a. Un régimen transición para las tres partes, contemplado en el anexo 14-C., para las controversias de inversión existentes o pendientes de ser resueltas entre Estados Unidos, Canadá y México. establecidas desde que entró en vigencia el TLCAN de 1994 hasta tres años después de su terminación,
- b. Otro dirigido a las controversias basadas en los nuevos acuerdos de inversión entre México y Estados Unidos, contemplado en el anexo 14-D; y,
- c. Otro para las controversias entre México y Estados Unidos respecto a contratos de gobierno cubiertos, contemplado en el anexo 14-E.

Mientras que las controversias que se relacionan con Canadá como país receptor, o con inversionistas canadienses tendrán un tratamiento distinto pues no podrán ser resueltas a través de arbitraje inversor-Estado. Con esto, solo un inversionista mexicano o estadounidense podrá someter una reclamación a arbitraje en caso de que cualquiera de los gobiernos de los países incluidos, violen los principios en materia de inversión.

En el Acuerdo Argentina – Chile en términos mucho más amplios establece las disposiciones del capítulo de inversión y su sección sobre la solución de controversias, aplicables a las medidas que adopte o mantenga una parte en relación a los inversionistas de la otra, y a las inversiones protegidas.

Un tratamiento distinto se lo hace en el Acuerdo de Profundización Económico Comercial Perú-Brasil; al igual que el Acuerdo Uruguay – Japón, pues se establece que la solución de controversias se aplicará a todas las inversiones realizadas antes o después de la entrada en vigor del acuerdo, respetando las decisiones que hayan pasado a la condición de cosa juzgada. Estos dos últimos acuerdos, dejan sentado que no se aplicarán a las controversias sobre situaciones que dejaron de existir.

Tal como lo ha identificado la Unctad, en los acuerdos de inversión específicamente en lo que a la solución de controversias se refiere, se puede delimitar el alcance, excluyendo de ser sometidas a arbitraje inversor-Estado ciertas temáticas por ser

consideradas áreas sensibles; o también se puede especificar un plazo de tiempo dentro del cual sea procedente iniciar un mecanismo de solución de controversias.

Tal es el caso del Acuerdo Argentina-Chile en el que están excluidas del ámbito de solución de controversias inversor-Estado, las materias de inversión y objetivos de medio ambiente, salud y otros objetivos regulatorios, así como responsabilidad social corporativa. La misma suerte siguen aquellas inversiones que estén vinculadas con actos de corrupción o cualquier violación a disposición del acuerdo que no sea una obligación dentro de la Sección A del capítulo de inversiones. En igual sentido, el Acuerdo Perú-Brasil establece la exclusión para ser sometidas a arbitraje Estado-Estado, las mismas áreas excluidas en el Acuerdo Argentina-Chile. Mientras en el T-MEC excluye ciertas áreas del agotamiento de las instancias nacionales, permitiendo activar el arbitraje inversor-Estado de manera directa, estas áreas se refieren a los contratos gubernamentales de sectores específicos como: petróleo y gas natural, servicios de generación de energía, telecomunicaciones, transporte e infraestructura.

En cuanto a la determinación de un plazo de tiempo para que el procedimiento de solución de controversias pueda iniciar, el Acuerdo Perú-Brasil establece como límite de plazo 5 años, una vez hayan sido conocidos u ocurridos los hechos, para que una reclamación pueda ser sometida a arbitraje Estado-Estado. De igual manera en el Acuerdo Uruguay-Japón se establece 3 años como plazo máximo para iniciar el arbitraje inversor-Estado; una vez el inversor debió haber tenido conocimiento de la presunta violación o incurrió en pérdidas o daños de la inversión. En el caso T-MEC, específicamente en la relación Estados Unidos – México, de igual manera se puede activar el arbitraje inversor-Estado dentro de los 4 años; es preciso resaltar que las controversias que se enmarcarían dentro del proceso de transición podrán resolverse a través de arbitraje en el plazo máximo de 3 años a partir de la vigencia del T-MEC. En el Acuerdo Argentina-Chile se establece el plazo de tres años a partir de la fecha de la presunta violación de la que el inversionista haya sufrido pérdidas o daños para iniciar un proceso de consulta. Si después de un año, a partir de la solicitud de consultas, el inversionista no recurre al arbitraje se considerará que el demandante ha retirado su solicitud y no podrá presentar reclamación con respecto a las mismas medidas.

Otro de los temas que es también abordado por la Unctad es la necesidad de que el Estado exprese su consentimiento antes de someterse a un mecanismo de solución de controversias especialmente si se somete a arbitraje internacional.

En ese sentido, el T-MEC establece que para iniciar el arbitraje inversor-Estado, el Estado demandado otorgue su consentimiento por escrito de someterse a ese mecanismo de solución de controversias de conformidad con los requisitos señalados en las normas de la Ciadi, Convención de Nueva York y la Convención Interamericana. Existe también una excepción para México y Estados Unidos pues no se necesita contar con el consentimiento por escrito, como requisito para las controversias establecidas en el anexo 14-E es decir para aquellas controversias de inversión relacionadas con contratos de gobierno cubiertos.

En el T-MEC, el Acuerdo Argentina-Chile y en el Acuerdo Uruguay-Japón para el inicio del arbitraje se condiciona que el demandante presente su consentimiento por escrito, para someterse al arbitraje de conformidad con el acuerdo, y la renuncia por escrito a iniciar o continuar un procedimiento judicial o administrativo de solución de controversias. Sin embargo, de lo anterior, durante la tramitación del arbitraje según el T-MEC, el Acuerdo Argentina-Chile y el Acuerdo Uruguay-Japón, el demandante-inversor puede iniciar o continuar una acción a fin de que medidas precautorias sean establecidas a favor de su inversión, siempre que no impliquen el pago de daños pecuniarios.

Al igual que el T-MEC, en el Acuerdo Argentina-Chile y en el Acuerdo Uruguay-Japón se contempla que el consentimiento y el sometimiento de una reclamación a arbitraje, deben cumplir con los requisitos normativos de: Convenio Ciadi; y el Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi; Convención de Nueva York; y la Convención Interamericana.

En el caso del Acuerdo Uruguay-Japón, considera las dos primeras normas, exclusivamente se excluye el requisito contemplado conforme a la Convención Interamericana.

Es preciso destacar que el Acuerdo Perú-Brasil no contempla una norma en específico para otorgar el consentimiento y sometimiento a los mecanismos de solución de controversias, pues el acuerdo da viabilidad para el inicio de cualquier proceso de solución de controversias contemplado en el mismo.

3.2 Mecanismos de solución de controversias

Se pueden diferenciar mecanismos de solución de controversias secuenciales o no, iniciando por los procesos amistosos; métodos donde participa un tercero como facilitador del diálogo; luego seguir con las instancias jurisdiccionales, arbitraje

interestatal o arbitraje inversionista-Estado; instancias nacionales administrativa y judiciales.

La Unctad destaca los cambios en el marco institucional, así como en los mecanismos de solución de controversias, refiriéndose a la utilización de métodos alternativos de solución de controversias, el impulso de mecanismos de solución de controversias en instancias locales incluso el establecimiento de mecanismos de prevención de disputas.

Es de destacar que en el T-MEC al establecer la solución de controversias de inversión entre Estados Unidos y México correspondiente al Anexo 14-D del tratado, se identifica varias de las opciones planteadas por la Unctad, por ejemplo establece a los métodos voluntarios y amistosos como la consulta y negociación, como procesos a través de los cuales se puede llegar a solucionar o evitar que escalen las controversias, de igual manera plantea la utilización de métodos alternativos de solución de controversias como los procesos de buenos oficios, la conciliación o la mediación.

El T-MEC en lo que tiene que ver con los mecanismos de solución de controversias para Canadá, no existe la posibilidad de activar el arbitraje inversor-Estado, por lo tanto, los inversionistas canadienses solo podrán iniciar procedimientos ante los tribunales nacionales mexicanos o estadounidenses, al igual que los inversionistas de México o E.E.U.U. no podrán iniciar procesos de arbitraje internacional contra Canadá. Sin embargo, se considera que en el caso de la relación México y Canadá si se cuenta con la posibilidad de iniciar un proceso arbitral tomando como base el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.¹⁶¹

En el Acuerdo Argentina-Chile también se establece en primera instancia a las consultas y negociaciones, las consultas incorporan la posible reparación de daños. Además, el inversionista podrá recurrir a arbitraje internacional. Dentro de los mecanismos alternativos de solución de controversias, incorpora a la mediación de forma expresa, dotándole de facilidades en cuanto a su aplicación pues se puede recurrir en cualquier momento.

De igual manera el Acuerdo Perú-Brasil establece a las consultas y negociaciones directas como mecanismos previos para que un arbitraje Estado-Estado pueda iniciarse,

¹⁶¹ Cruz Oscar y Carlos Reyes, "T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones", *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional* (Universidad Nacional Autónoma de México), n.º 1 (2018): 44, <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14020>.

no son opcionales sino obligatorios. La diferencia con los otros acuerdos es que se conforma un Comité Conjunto integrado por ambas partes estatales, que cumplirá la función de facilitador. En las reuniones de este comité conjunto podrán también ser parte, tanto los representantes de los inversionistas afectados, como los de las entidades gubernamentales relacionadas al caso.

El Acuerdo Uruguay-Japón se puede destacar como uno de los acuerdos que incluye mayor número de alternativas respecto a los mecanismos de solución de controversias, ya que mantiene mecanismos amistosos y voluntarios; e incorpora mecanismos de solución de controversias tanto Estado-Estado, como inversor-Estado. En mecanismos Estado-Estado, se establecen las consultas por vía diplomática para aquellos casos relacionados a la interpretación o aplicación del acuerdo; que en caso de no resolverse se podrá acudir a la instancia arbitral Estado-Estado. Mientras que en los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado, en primera instancia están las consultas o negociaciones como mecanismos alternativos de solución de controversias.

Adicionalmente, el inversor podrá acudir a instancias nacionales del Estado receptor, ya sea a tribunales de justicia, administrativos u otro mecanismo de solución de controversias, la elección de un tribunal administrativo o corte de justicia del Estado receptor, será definitiva y el inversor no podrá someter la misma controversia a arbitraje inversor-Estado.

En lo referente al agotamiento de las instancias nacionales, hay que indicar que si bien en el T-MEC establece al arbitraje inversor-Estado como mecanismo de solución de controversias para Estados Unidos y México; sin embargo, de forma previa se debe agotar los procedimientos ante instancias locales, tanto judiciales o administrativos. Una excepción a la regla del T-MEC respecto al requisito de agotar las instancias nacionales, se da a los contratos gubernamentales que se refieren a sectores específicos como petróleo y gas natural, servicios de generación de energía, telecomunicaciones, transporte e infraestructura, para los cuales se puede iniciar de manera directa el arbitraje inversor-Estado sin necesidad de recurrir previamente a tribunales locales.

Como una de las alternativas al arbitraje inversor-Estado, la Unctad establece como única opción el arbitraje Estado-Estado, sin contar con el arbitraje inversor-Estado. Este es el caso del Acuerdo Perú-Brasil que establece como mecanismo de solución de controversias al arbitraje entre Estados al cual las partes podrá recurrir una vez que se haya agotado el procedimiento de consultas y negociaciones. El arbitraje Estado-Estado puede ser desarrollado mediante un tribunal ad hoc designado por las partes, o también

podrán decidir el foro entre una institución arbitral existente. Mientras que, en el caso del Acuerdo Uruguay-Japón, tanto el arbitraje Estado-Estado como el arbitraje inversor-Estado, podrán ser activados por las partes.

Respecto a los cambios en materia procesal en el arbitraje inversor-Estado que la Unctad rescata, es lo relacionado al mayor protagonismo de las partes en la interpretación de las disposiciones del acuerdo. En relación a este tipo de cambios, existen importantes avances como el que plantea el Acuerdo Argentina-Chile establece una Comisión Administradora Bilateral del Acuerdo que será competente para interpretar de manera obligatoria cualquier disposición del capítulo de inversiones, para el tribunal constituido para solución de controversias. En igual sentido, en el Acuerdo Perú-Brasil se establece que el Comité Conjunto integrado por las partes contratantes, tendrá como función evaluar cualquier aspecto relacionado a la interpretación o aplicación del capítulo de inversiones, aunque con la diferencia que este no es para un arbitraje inversor-Estado sino Estado-Estado. El T-MEC establece que las interpretaciones del tratado realizadas por la Comisión de Libre Comercio, serán obligatorias para el tribunal arbitral. Al igual que en el Acuerdo Uruguay-Japón que establece el Comité Conjunto que le da facultades interpretativas.

La Unctad a más de plantear el uso de los métodos alternativos de solución de controversias como una de las propuestas para el mejoramiento del marco institucional y de los mecanismos de solución, promueve la utilización de mecanismos de prevención de disputas a través de los *ombudsperson* o también conocidos como defensores de la inversión, o mediante la cooperación a través de oficinas de promoción de inversión con las cuales se hace un seguimiento a los acuerdos. En este aspecto el Acuerdo Perú-Brasil establece un punto focal nacional u ombudsman, designado por cada parte en su territorio, para la implementación de los mecanismos de prevención de controversias que son las instancias públicas competentes de la política de comercio e inversiones de cada país. y un Comité Conjunto para supervisar la aplicación y ejecución de los compromisos establecidos en el capítulo de inversiones y de prevención solución de controversias.

Para finalizar, en el Acuerdo Argentina-Chile se contempla la posibilidad de establecer ciertas modificaciones importantes al procedimiento de solución de controversias, al dejar una puerta abierta para incluir el recurso de apelación como forma de corregir las decisiones de primera instancia y garantizar el debido proceso tal como lo recomienda la Unctad. Tal es así que se deja contemplado en este tratado que, en el caso de que entre las partes se ponga en vigencia un tratado internacional que establezca un

tribunal multilateral de inversiones o un mecanismo de apelación, las partes podrán adoptar una decisión para que las controversias de este acuerdo sean decididas, o en caso si establece un mecanismo de apelación, puedan ser admitidas a revisión.

En relación a las alternativas que la Unctad plantea incluir como cambios en materia procesal en el marco del mecanismo de arbitraje internacional, se destaca la garantía de transparencia en el proceso a través del acceso público a documentos arbitrales, y la participación de las partes no contendientes interesadas en el proceso. En este sentido el T-MEC contempla la participación a través del *amicus curiae*, la transparencia de las actuaciones arbitrales a través de audiencias abiertas al público y manejo de información protegida.

De igual manera el Acuerdo Argentina-Chile garantiza la transparencia de las actuaciones arbitrales. Por su lado, el Acuerdo Uruguay-Japón dispone la publicación de la información confidencial y documentos. En el Acuerdo Perú-Brasil se garantiza la transparencia no solo en el proceso de solución de controversias sino también como medida de prevención de controversias, y por supuesto de promoción de inversiones, ya que incluye dentro de las cláusulas el intercambio de información entre las partes, tratamiento de la información protegida, interacción con el sector privado.

Tanto el Acuerdo Uruguay-Japón como el Acuerdo Perú-Brasil garantizan procesos de transparencia respecto de las decisiones políticas, administrativas, legislativas, etc. que puedan tener relación o efecto con el acuerdo e inversiones. En el Acuerdo Uruguay-Japón en ese ánimo de transparentar información y prevenir controversias, se destaca la obligación de evacuar cualquier inquietud que, sobre decisiones políticas o legislativas, presente una de las partes; de igual forma se posibilita realizar comentarios públicos sobre la aprobación, reforma o derogación de cualquier norma que tenga relación con la inversión.

Por otro lado, la Unctad también promueve que se fortalezca los principios de independencia, imparcialidad de los árbitros a través de requisitos más concretos para el ejercicio de la función de árbitro, evitar que las partes y los árbitros mantengan nexos y a su vez plantea utilizar códigos de conducta; de tal forma por ejemplo el T-MEC establece la designación de los árbitros, dispone el cumplimiento de las directrices de la Asociación Internacional de Abogados sobre conflictos de interés en el arbitraje internacional, se prohíbe a que reciban instrucciones de ninguna parte relacionada con la controversia, se establece la posibilidad de impugnar a los árbitros, entre otras. El Acuerdo Argentina-Chile, por su lado, determina el método de nombramiento, dispone el cumplimiento del

código de conducta que forma parte de su contenido, que identifica como norma complementaria, las directrices de la asociación internacional de abogados y contempla además la posibilidad de recusación de árbitros. En igual sintonía, el Acuerdo Perú-Brasil hace especial énfasis en la necesidad de que los árbitros deben tener experiencia en derecho internacional público, reglas de inversión, entre otros ámbitos; ser independiente y no estar vinculado a ninguna de las partes, cumplir con las normas de conducta contenidas en instrumentos aprobados en el seno de la Organización Mundial de Comercio, de igual manera las normas de conducta establecidas por el comité conjunto de administración del Acuerdo. De manera muy similar, el Acuerdo Uruguay-Japón establece requisitos de experiencia e independencia para los árbitros, estableciendo que la elección debe ser estrictamente objetiva.

Finalmente, un aspecto que, si bien no es muy específico, pero sin duda es un avance a tono con lo que promueve la Unctad respecto al costo de los arbitrajes, estableciendo la necesidad de que los honorarios de los árbitros tengan límites, es la disposición contenida en el Acuerdo Argentina-Chile que expresamente dispone que, las costas y honorarios, deben ser “razonables”. Así mismo el Acuerdo Uruguay-Japón se refiere a una forma más equitativa de distribuir los costos, así determina que los honorarios del presidente de la junta arbitral se los cubre por ambas partes, y el costo de cada árbitro deberá ser desembolsado por la parte que lo nombró.

3.3 Derecho aplicable a la solución de controversias

Se puede diferenciar las normas a las que se somete la solución de controversias, o a su vez la normativa a la que se sujeta el procedimiento. El T-MEC establece que tanto para el régimen de transición, como para las nuevas controversias entre Estados Unidos y México; así como según el Acuerdo Argentina-Chile,¹⁶² y el Acuerdo Uruguay-Japón, establecen que el demandante podrá iniciar el mecanismo de arbitraje inversor-Estado, conforme a las siguientes normas:

- a. Convenio del Ciadi, siempre que las partes hayan ratificado el Convenio;

¹⁶² En el caso del Acuerdo Argentina-Chile según el artículo 8.24.4 solo contempla el arbitraje institucional conforme al Convenio del Ciadi o según las normas del Reglamento de la CNUDMI; para el arbitraje *ad hoc* únicamente dispone que las reglas de arbitraje serán elegidas de común acuerdo entre las partes contendientes.

- b. Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi, siempre que una las partes haya ratificado el Convenio del Ciadi; o,
- c. Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. Sin embargo, los acuerdos Argentina-Chile, así como Uruguay-Japón dejan abierta la posibilidad de incluir cualquier otra institución arbitral o cualesquiera otras reglas de arbitraje.

Adicionalmente, el T-MEC considera en cuanto al derecho aplicable determina que el tribunal arbitral aplicará lo establecido en el tratado y las normas aplicables al derecho internacional. Mientras que, las interpretaciones que sobre el tratado se realice, serán facultad de la Comisión de Libre Comercio.

En el Acuerdo Argentina-Chile el derecho aplicable a la solución de controversias está dispuesto conforme al siguiente orden de prelación:

- a. Las disposiciones del acuerdo en su capítulo 8,
- b. Las reglas aplicables del derecho internacional; y,
- c. El ordenamiento jurídico del demandado.

En este contexto, las interpretaciones de la Comisión Administradora Bilateral del Acuerdo son de obligatorio cumplimiento, para el tribunal encargado de la solución de controversias.

En los mecanismos alternativos de solución de controversias tales como las consultas o la mediación, las normas que regulan el proceso son las que las partes hayan adoptado.

En el caso del Acuerdo Perú-Brasil el derecho aplicable para la solución de controversias son las disposiciones contenidas en el acuerdo o a través de las resoluciones o interpretaciones del Comité Conjunto. Adicionalmente, en cuanto al mecanismo arbitraje Estado-Estado, el tribunal arbitral determinará su propio procedimiento.

En el Acuerdo Uruguay-Japón el derecho aplicable para la solución de controversias inversor-Estado al que el tribunal arbitral se regirá para resolver los asuntos controvertidos será el acuerdo y las normas aplicables del derecho internacional. Mientras que para contratos de inversión relacionados con áreas de recursos naturales, infraestructura y servicios básicos, el tribunal arbitral se sujetará a las normas dispuestas para la solución de controversias inversor-Estado del acuerdo y con las normas legales especificadas del contrato respectivo o aquellas que las partes acuerden; y en caso de no existir normas legales específicas se aplicarán las normas de derecho internacional que sean aplicables así como la legislación del Estado receptor.

3.4 Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias

Teóricamente los resultados positivos de los procesos voluntarios y amistosos en la solución de controversias conllevarían la terminación de la disputa y deberían ser considerados como un compromiso entre las partes, para que su cumplimiento sea exigible. Sin embargo, en la práctica los resultados que son exigibles y ejecutables, son aquellos que provienen ya sea de un proceso arbitral o judicial.

En el caso del T-MEC los resultados de conciliación o mediación, su naturaleza y el alcance estarán determinados en un acuerdo de transacción bilateral, sin embargo, el tratado establece que no se interpretará como reconocimiento de la jurisdicción del tribunal. Y en cuanto a los laudos que resulten del mecanismo de arbitraje inversor-Estado, el T-MEC contempla que las partes contendientes podrán presentar comentarios por escrito al tribunal respecto al proyecto de decisión o laudo, los mismos que serán considerados por el tribunal, pero no son vinculantes.

Tanto el T-MEC, el Acuerdo Argentina-Chile y el Acuerdo Uruguay-Japón establecen que el tribunal en su laudo podrá otorgar cualquiera o todas siguientes las medidas: daños pecuniarios y los intereses, y/o restitución de la propiedad, o en su defecto indemnización por daños pecuniarios que procedan.

En general todo laudo emitido por un tribunal no tiene fuerza obligatoria sino para las partes contendientes y respecto del caso concreto. Los laudos pueden ser sometidos a recursos de revisión, anulación, aclaración o interpretación, cumpliendo las formalidades establecidas en los acuerdos respectivos.

En el T-MEC y el Acuerdo Argentina-Chile la ejecución de un laudo definitivo se realizará una vez que se haya cumplido, con los procedimientos de los recursos de revisión o anulación en el caso de que hayan sido presentados, o una vez que haya transcurrido un plazo de tiempo a partir de que el laudo fue dictado; en caso de arbitraje institucional del Ciadi, en un plazo de 120 días; y en el arbitraje ad-hoc luego de 90 días.

El T-MEC y el Acuerdo Argentina-Chile establecen la misma alternativa de actuación cuando la demandada incumpla o no acate un laudo definitivo, en tal razón la parte afectada podrá requerir a un panel o un tribunal arbitral respectivamente, con el objetivo de que se establezca:

- a. Una determinación de que dicho incumplimiento o desacato es incompatible con el tratado; y
- b. Una recomendación para que el Estado acate el laudo.

En los acuerdos T-MEC, Acuerdo Argentina-Chile y Acuerdo Uruguay-Japón, el demandante podrá recurrir a la ejecución de un laudo arbitral conforme al Convenio del Ciadi, la Convención de Nueva York o la Convención Interamericana, en el caso del Acuerdo Uruguay-Japón se exceptúa la Convención Interamericana.

Tal como recomienda la Unctad, con el objetivo de normar las indemnizaciones, sugiere descartar la exigencia de indemnización por daños morales o punitivos. De esa forma, el T-MEC, el Acuerdo Argentina-Chile y el Acuerdo Uruguay-Japón dejan establecido explícitamente que no se podrá ordenar el pago de daños que tengan el carácter punitivo.

El arbitraje Estado-Estado del Acuerdo Perú-Brasil debe tener como principal objetivo determinar si el Estado receptor violó alguna de las disposiciones del acuerdo, en este contexto los resultados del arbitraje conllevan a recomendar el ajuste o eliminación de la medida que no cumple con las exigencias del acuerdo. En el Acuerdo Uruguay-Japón en el marco del arbitraje inversor-Estado, el tribunal podrá realizar las mismas recomendaciones de ajuste o eliminación de la medida.

Finalmente, se puede evidenciar que cada uno de los acuerdos internacionales de inversión analizados responden a una visión propia de cada uno de los Estados, en el marco de su política de inversión; no obstante, se identifican como hallazgos que estos acuerdos incorporan una serie de cambios que están en sintonía con las propuestas planteadas por la Unctad, en materia de las políticas de inversión enfocadas al desarrollo sostenible, en lo que tiene que ver específicamente con modificaciones institucionales, procesales y de elementos sustantivos en lo que a la solución de controversias se refiere; dejando también en evidencia el cambio de paradigma presente en las relaciones inversor-Estado pues se considera relevante, para mantener y fortalecer las relaciones entre las partes, establecer mecanismos de prevención de controversias y atención oportuna a las diferencias que de manera integral se hallaron contempladas en varios de los acuerdos estudiados.

Capítulo tercero

Alternativas para Ecuador en el marco de la solución de controversias en materia de inversión extranjera

Tomando como referencia el mandato constitucional así como el contenido del Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021 que resalta la necesidad de “integrar económicamente al país en el contexto global [...] y tal integración debe tender a la reducción de las asimetrías regionales e internacionales”,¹⁶³ se puede afirmar que Ecuador tiene la oportunidad e importantes fundamentos y precedentes para avanzar en la construcción de un régimen de inversiones acorde con el modelo de desarrollo enfocado hacia el buen vivir y los objetivos de desarrollo sostenible; propiciando el equilibrio en las relaciones inversor-Estado y plasmando las nuevas tendencias afines a las políticas de desarrollo sostenible.

Esta oportunidad que tiene Ecuador se presenta a partir de una serie de eventos y situaciones por las que el país ha atravesado, cuya identificación y descripción en este capítulo permitirá caracterizar tanto la situación actual del régimen de solución de controversias en materia de inversiones, así como las alternativas y desafíos que tiene para proyectarse al futuro.

En efecto, el nuevo marco constitucional vigente desde el año 2008 implicó una reforma estructural de las instituciones jurídicas y políticas del Estado, de la que se desprende un cambio de paradigma en las relaciones internacionales, que fomenta un sistema de inversión entre Estados sustentado en la complementariedad, un cambio en la relación con la inversión extranjera, ya que debe orientarse conforme a las prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo y que se sujetará al cumplimiento del ordenamiento jurídico nacional.¹⁶⁴

Para caracterizar la situación actual del régimen de solución de controversias se describe el proceso de denuncia de los tratados bilaterales de inversión (TBI) que constituyó un hecho jurídico-político importante en materia del régimen de inversiones

¹⁶³ Ecuador Senplades, “Plan Nacional de Desarrollo 2017 – 2021. Toda una vida”, *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*, 2017, 27, <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/EcuandorPlanNacionalTodaUnaVida20172021.pdf>.

¹⁶⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008, arts. 339, 416 num. 12.

en Ecuador.

Es importante también resaltar ciertos aspectos que pueden ser considerados lecciones aprendidas, tanto en el marco de la propuesta de creación del centro de solución de controversias de la Unasur como parte de los procesos de integración en donde el país ha sido miembro, así como el acuerdo comercial Ecuador- Unión Europea y el Convenio de Inversiones para el Desarrollo (en adelante, CID) que fuera trabajado por el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana en el año 2013, rescatando los avances planteados en lo que a solución de controversias se refiere.

También se realiza un análisis del actual ordenamiento jurídico respecto a la solución de controversias en materia de inversión extranjera en Ecuador, identificando la institucionalidad y normativa vigente. Finalmente, se delinearán las alternativas que el país tiene en el escenario actual en cuanto a la solución de controversias en materia de inversión extranjera, con énfasis en las nuevas tendencias que se identificaron en los casos de estudio y las propuestas de la Unctad, descritas en el anterior capítulo.

1. Régimen actual de solución de controversias en materia de inversiones en el Ecuador

1.1 Principales precedentes que delinear el régimen actual de solución de controversias en materia de inversión extranjera

En el contexto del proceso de denuncia de los tratados bilaterales de inversión-TBI en Ecuador, es pertinente señalar que el Estado ecuatoriano, entre los años 1992 y 2002, negoció 30 tratados bilaterales de inversión, de los cuales 27 tratados entraron en vigencia.¹⁶⁵ Posteriormente, en base a la existencia de contradicciones de los TBI's con las disposiciones constitucionales, en el año 2008, se inició un proceso de denuncia, que incluyó dos fases. La primera fase culminó en 2009 con la denuncia de 9 tratados; y la segunda fase que integró los 18 tratados restantes que fueron denunciados a partir de 2010, culminando este proceso en el año 2017.¹⁶⁶

¹⁶⁵ Yepes Isabel y Nicolás Larrea, "Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador", *USFQ Law Review* 2, n.º 1 (2015): 116, <https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Paginas/revistas/revista003.aspx>.

¹⁶⁶ De acuerdo al informe de la Caitisa, los TBI que el Ecuador denunció fueron aquellos celebrados con: República Dominicana, El Salvador, Cuba, Nicaragua, Guatemala, Honduras, Uruguay, Paraguay, Rumania, Finlandia, Alemania, Gran Bretaña, Francia, Suecia, Países Bajos, Venezuela, China, Chile, Suiza, Canadá, Estados Unidos, Argentina, Bolivia, Perú, España e Italia. El TBI con Egipto terminó en 1995 por no renovación.

Históricamente a nivel internacional se ha conceptualizado a los TBI como instrumentos internacionales suscritos entre Estados, a través de los cuales se garantiza la promoción y protección a las inversiones de las partes contratantes; poniendo acento en la solución de controversias como una garantía de protección al inversionista y como elemento que atrae nueva inversión.

Es preciso destacar que, en la práctica jurídica es el Estado receptor de la inversión, más aún si es un Estado en vías de desarrollo, sobre el cual recae la mayoría de obligaciones que nacen del propio TBI, cuestión que ha sido demostrada por varios estudios que concluyen con la existencia de un marcado desequilibrio entre las partes involucradas y con graves implicaciones para los países.¹⁶⁷

En el contexto ecuatoriano, en la mayoría de TBI aprobados, el Estado cedía jurisdicción al Ciadi al ser considerado como el principal foro para llevar a cabo el arbitraje institucional, al cual el inversor podía acceder en caso de que la controversia, no se pueda resolver de manera amistosa en un plazo específico de tiempo.¹⁶⁸

El arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias inició formando parte de un modelo *standard* de convenio de protección de inversiones, generalizado en los años noventa;¹⁶⁹ cuya cláusula de solución de controversias “debía contener al menos dos elementos, el arbitraje y que este [...] se verificase en territorio extranjero respecto a las partes contratantes”¹⁷⁰ y para que esto ocurra, el Estado tenía ceder jurisdicción a instancias o foros de arbitraje internacional.

Es precisamente por esta razón que, la Corte Constitucional a través del proceso de control automático de constitucionalidad, en la segunda fase de la denuncia, declaró inconstitucionales a todas aquellas cláusulas que se encasillaban en la prohibición contemplada en el art. 422 de la Constitución, que prohíbe que el Estado se someta a instancias de arbitraje internacional, cediendo jurisdicción soberana, para solucionar las

¹⁶⁷ Georgina Garriga Suau, “Los Tratados Bilaterales de Inversiones”, en *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*, ed. Mario Castillo Freire (Lima, PE: Palestra Editores S.A.C., 2009), 284.

¹⁶⁸ España, *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador*, Boletín Oficial del Estado 86, 10 de abril de 1998, BOE-A-1998-8533, artículo xi.2.

¹⁶⁹ El arbitraje internacional ya sea institucional o ad hoc, es el mecanismo preferido en la solución de controversias que contemplaban los tratados bilaterales de inversión que el Ecuador había celebrado.

¹⁷⁰ Michel Leví catedrático, citado en Ecuador Asamblea Nacional, “Informe de la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacional y Seguridad Integral – Denuncia del Tratado Ecuador-Alemania”, *Asamblea Nacional*, 2010, 5, <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/tratados-instrumento-internacionales-2009-2013?created=&title=denuncia>.

controversias en materia contractual o de índole comercial.¹⁷¹

La Corte Constitucional ecuatoriana, en varios de los casos de control constitucional de los TBI, ha identificado otras disposiciones que se verían contravenidas, como las relacionadas con: a) la supremacía y jerarquización normativa de la Constitución; b) los principios de las relaciones internacionales en cuanto estas deben cumplir con los intereses del pueblo ecuatoriano; y, c) la propugna a la soberanía en su más amplia concepción.¹⁷²

Más allá del número de cláusulas o disposiciones de los TBI identificadas como contradictorias a la Constitución, y por tanto inconstitucionales; la denuncia de los tratados de conformidad con el artículo 44 de la Convención de Viena se realizó sobre la totalidad de su contenido, pues se concibe que el derecho de denunciar de una de las partes previsto en el mismo tratado “no podrá ejercerse sino con respecto a la totalidad del tratado, a menos que el tratado disponga o las partes convengan otra cosa al respecto.”¹⁷³

En los TBI se contemplaba el derecho de denunciar el tratado por cualquiera de las partes, sin más trámite que una notificación previa por escrito con cierto plazo de anticipación,¹⁷⁴ en algunos casos tomando como referencia la fecha de expiración del tratado. No obstante, al tramitarse la denuncia conforme a la Constitución del 2008 y la legislación secundaria, se establece que esta requerirá la aprobación de la Asamblea Nacional, pues en el artículo 419 de la Constitución se identifican los tratados que requieren dicha aprobación, para lo cual primero requiere un dictamen previo y vinculante de la Corte Constitucional respecto a la constitucionalidad para la denuncia del tratado, que posteriormente pasa a la Asamblea Nacional, a fin de que la comisión especializada lo analice y realice un informe que se pondrá en conocimiento del Pleno, a fin de que en un solo debate se pronuncie.¹⁷⁵

¹⁷¹ Ecuador, Constitución de la República del Ecuador, art. 442.

¹⁷² Mediante los artículos 424 y 425 de la Constitución se establece respectivamente, la supremacía y la jerarquía de la norma constitucional. Además, el art. 416 establece los principios en las relaciones internacionales.

¹⁷³ ONU Asamblea General, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, 23 de mayo 1969, art. 44, A/CONF.39/27, https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf

¹⁷⁴ Por ejemplo, en el TBI con Alemania, en su art. 12.2 establecía que “[...] transcurridos diez años, el Tratado podrá denunciarse en cualquier momento con un preaviso de doce meses.”

¹⁷⁵ Proceso de denuncia que se basa en lo contemplado en el art. 419 de la Constitución ya que los tratados cuya ratificación o denuncia necesita la aprobación de la Asamblea Nacional, requiere el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad emitido por la Corte Constitucional según el art. 438 de la Constitución que, concomitantemente remite a lo que también dispone la ley, como en efecto la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en su art. 108, y al art. 112.4 de la Ley de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, resaltan la necesidad del dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional para la ratificación o denuncia de que requerirán la aprobación de la

Si bien el derecho de denunciar de cualquiera de las partes no implica la obligación de tener una justificación o el visto bueno de la contraparte; así mismo la propia Convención de Viena reconoce este derecho, al establecer que en caso de existir un cambio fundamental de las circunstancias que dieron cabida a la celebración un tratado, cualquiera de las partes puede dar por terminado o retirarse de él.¹⁷⁶

No obstante, se puede afirmar que en el caso ecuatoriano, a más del derecho a denunciar contemplado en el contenido de los tratados, se justificó la necesidad de denunciar los TBI que entraron en vigencia bajo un antiguo marco constitucional, empero su contenido dejó de ser compatible con la nueva Constitución, que nació de un proceso constituyente que modificó la estructura del Estado, sus instituciones, así como “[l]os términos en el que se establecerían las relaciones internacionales, al igual que el modelo del Estado y los principios dentro de los cuales debe operar este, razón jurídica que justifica dicha necesidad”.¹⁷⁷

Se debe recordar que Ecuador suscribió el Convenio del Ciadi el 15 de enero de 1986 “con el fin de seducir a los capitales extranjeros”,¹⁷⁸ pero fue apenas en el año 2001 que fue aprobado por el legislativo, entrando en plena vigencia en dicho año. Al poco tiempo Ecuador tuvo su primera denuncia arbitral y luego llegó a convertirse en “uno de los países latinoamericanos que más ha participado en el Centro dado el alto número de demandas arbitrales que se han planteado en su contra”.¹⁷⁹ Posteriormente, con la aprobación de la Constitución de Montecristi, basándose en la contradicción a su artículo 422, se denunció el Convenio del Ciadi a través del Decreto Ejecutivo 1823.¹⁸⁰

Al respecto, entre los principales argumentos a favor de la denuncia del Convenio del Ciadi ha sido la pérdida de soberanía jurisdiccional, al aceptar la jurisdicción de tribunales arbitrales internacionales como competentes para resolver controversias en materia de inversión donde el Estado sea demandado; sin requerir incluso, el no agotamiento de instancias nacionales, como mecanismo previo para la solución de controversias en el ámbito internacional. Mientras que, en otros ámbitos que comprenden casos de violaciones de los derechos humanos, los Estados exigen el agotamiento de los

Asamblea, como en este caso los TBI.

¹⁷⁶ ONU, *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*, art. 62.

¹⁷⁷ Ecuador Corte Constitucional de la República del Ecuador, “Dictamen N.º 010-13-DTI-CC”, en Caso No: 0010-11-TI, 25 de abril del 2013, 14.

¹⁷⁸ Salvador Íñigo y Mélanie Riofrio, “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura de las sábanas”, *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, n.º 2 (2010): 91, http://iea.ec/pdfs/2010/Art_inigoSalvador.pdf. Énfasis añadido.

¹⁷⁹ *Ibíd.*

¹⁸⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1823*, Registro Oficial 632, 13 de julio de 2009.

recursos internos como requisito previo para acudir a tribunales internacionales, exigencia que en cambio no se hace a los inversores extranjeros.

Algunos autores indican que el historial del Ecuador respecto a los arbitrajes internacionales ganados versus los perdidos, son relativamente equilibrados en cuanto al número,¹⁸¹ sin embargo, decir que “la propia proporcionalidad de los resultados es sintomática de la imparcialidad de los tribunales del Ciadi” puede resultar impreciso, porque esta es una aseveración respecto a los datos numéricos y no de acuerdo al fondo, que es en donde realmente puede constarse la imparcialidad de cualquier tribunal, pues en realidad no solo es un tema de cuántas veces el Ecuador ha sido demandado por ejemplo ante el Ciadi,¹⁸² sino cómo han sido resueltos esos casos, cuál ha sido la constante en cuanto a la garantía del derecho a la defensa, cumplimiento de normas de conducta de los árbitros o si se dejó constancia de la motivación de los laudos.

Otro de los aspectos que hay que considerar para conocer el Estado de situación del Ecuador en relación a la solución de controversias en materia de inversión extranjera, son los principales resultados de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje de Inversiones también conocida como Caitisa creada en el año 2013,¹⁸³ que tenía como misión llevar adelante una acción fiscalizadora respecto a los procesos de negociación de los TBI, el análisis de la validez y pertinencia de los procedimientos y laudos; las actuaciones y decisiones emitidas por las instancias del sistema de arbitraje internacional, etc.¹⁸⁴ Su informe final fue entregado en el año 2017 y entre las conclusiones más importantes, se pueden mencionar las siguientes:

- Los tratados bilaterales no cumplieron el objetivo por el que fueron celebrados, al no haber garantizado una verdadera atracción de la inversión extranjera.¹⁸⁵

¹⁸¹ Salvador, “La denuncia del Convenio del CIADI”, 97.

¹⁸² Ecuador, hasta abril del 2017, ha sido demandado por 26 ocasiones ante tribunales internacionales. En Ecuador Caitisa, *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en el Ecuador – Informe Ejecutivo*, Caitisa, 2017, 31, <https://Caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.

¹⁸³ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 1506*, Registro Oficial 958, 21 de marzo de 2013.

¹⁸⁴ *Ibíd.*, art. 2.

¹⁸⁵ Existe una serie de estudios que corroboran esta situación, no solo para Ecuador sino en general con respecto a países en vías de desarrollo. Cabe reflexionar entonces, mientras más apertura exista en un TBI, este no asegura una verdadera atracción a la IED; sin embargo lo que si se asegura es un mayor riesgo para el país, en caso de ceder jurisdicción a instancias extranjeras sin que de por medio existan reglas claras respecto al derecho aplicable, la conducta de los árbitros, sin principios de proporcionalidad y equilibrio al que debe sujetarse el laudo, entre otros aspectos.

- El mayor flujo de inversión extranjera directa ha venido de países con los que el Estado ecuatoriano no suscribió TBI, como son: Brasil, México y Panamá. Además, el 66% del total de inversión extranjera en el Ecuador, proviene de países latinoamericanos, lo que evidencia la importancia de la integración regional.
- Los TBI mantuvieron disposiciones que no armonizaban con la Constitución de Montecristi, en su lugar la contradecían por ejemplo en lo que tiene que ver con la solución de controversias o los objetivos de desarrollo, así como también incluían cláusulas que debilitaban las facultades estatales como las de planificación, regulación y control.
- El Estado ha sido demandado en base a los TBI, en un total de 26 de ocasiones. De los 15 casos en los que el tribunal arbitral decidió su jurisdicción, el inversor ganó en 13 casos que significa el 87%, mientras el Estado ganó en dos ocasiones.
- Hasta abril de 2017, el Estado ha sido demandado por un total de 21.200 millones de dólares por violaciones de los TBI. Hasta ese momento se ha desembolsado tanto por el pago de los laudos como por los gastos de la defensa, un total 1.498 millones que equivale el 5.8% del presupuesto general del Estado del año 2017.
- La apertura total y la falta de control para atraer inversión extranjera, atrajo inversión con manejos especulativos. Incluso 7 de las 22 empresas que Caitisa investigó, fueron constituidas en paraísos fiscales, pero al acogerse a los TBI suscritos por otros países, pudieron iniciar demandas ante tribunales internacionales contra Ecuador.
- El porcentaje total de inversión extranjera en relación al PIB que ingresó al Ecuador entre el año 2000-2013 llegó apenas al 1.1%. Mientras que “las remesas enviadas al exterior por las empresas subsidiarias de inversión extranjera directa (en adelante, IED) en el año 2013, fueron de 3.800 millones de dólares”.¹⁸⁶
- En general los indicadores de las empresas analizadas por la Caitisa, que han

¹⁸⁶ Christian Pino Garrido, “¿Por qué la denuncia de los TBI es buena para el Ecuador?”, *Foro de los Comunes*, accedido 8 de agosto de 2019, párr. 18, <https://www.forodeloscomunes.org/lasvoces/por-que-la-denuncia-de-los-tratados-bilaterales-de-proteccion-reciproca-de-inversiones-tbi-es-buena-para-el-ecuador/>.

demandando al Ecuador en tribunales arbitrales, han tenido una mínima contribución en cuanto a la generación de empleo directo por ejemplo a partir de adquisiciones locales de insumos o servicios; en los lugares donde operaban estas empresas se evidencia una mínima actividad en la producción así como una precaria situación en servicios de salud, agua potable, electricidad, etc.

- El estatus de inmunidad del que han gozado los miembros de los tribunales de arbitraje, se ha convertido en una fuente de impunidad para quienes no tienen ninguna responsabilidad por los actos ilegales que pudieran cometer en el ejercicio de sus funciones.¹⁸⁷

En lo referente a las recomendaciones se pueden destacar las siguientes:

- Plantear contratos internacionales de inversión con derechos restringidos y obligaciones.
- La redefinición de lo que debe entenderse por inversión, uno de los problemas que se quiere solucionar es la generalidad de la concepción de inversión.
- Desarrollar una política integral sobre inversiones que se enfoque tanto en la garantía de protección a la inversión, pero al mismo tiempo en precautelar los derechos humanos, los derechos de los pueblos y nacionalidades, derechos de la naturaleza, entre otros.
- Continuar con la iniciativa del código vinculante para las empresas transnacionales en materia de derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas.
- Establecer en todo el sistema, la transversalización del principio de transparencia, garantizando el acceso a los documentos así como a las audiencias.
- Instaurar un procedimiento de apelación.
- Desarrollar estrategias para la selección de árbitros, crear un código de conducta vinculante y la posibilidad de recusación.
- La instalación de una Corte permanente internacional que tenga competencia para resolver conflictos entre inversionistas y Estados.¹⁸⁸

¹⁸⁷ Ecuador Caitisa, *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en el Ecuador – Informe Ejecutivo*, 93-6.

¹⁸⁸ La mayoría de recomendaciones se basaron en los resultados de la auditoría y proyectándose sobre lo que estaba ocurriendo en la coyuntura nacional y regional, por tal razón se planteó una propuesta para mediano y largo plazo.

En el marco de la Unión de Naciones Suramericanas (en adelante, Unasur),¹⁸⁹ se consolidó una hoja de ruta a partir de la propuesta planteada por Ecuador, relacionada a la creación del Centro para la solución de controversias en materia de inversiones de la Unasur, cuyo proyecto de acuerdo se ha trabajado principalmente hasta el año 2016, por parte de los delegados de cada uno de países miembros, que han sostenido que la creación de este centro de solución de controversias “daría una señal de madurez de la región a propósito de una materia de tanta significación como las inversiones”.¹⁹⁰

La creación del centro constituyó una propuesta de un régimen de solución de controversias propio de Suramérica, que permitiría contar con elementos importantes en el momento de la negociación o renegociación de instrumentos o tratados internacionales relacionados a las inversiones en los que cada miembro plasmaría el modelo de desarrollo que persigue.¹⁹¹

Es preciso destacar a continuación los elementos más relevantes de esta propuesta, según el borrador del Acuerdo Constitutivo del centro de solución de controversias en materia de inversiones de la Unasur:

- a. Se podrá desarrollar mecanismos de conciliación y arbitraje, así como procesos de consultas y negociaciones. Además, la facilitación como mecanismo de carácter preventivo.
- b. Las partes serán las únicas que elegirán a los árbitros del tribunal, incluso cuando no exista acuerdo, pues en caso de disenso el secretario del tribunal remitirá una lista de cinco árbitros a las partes, para que en un plazo perentorio excluya a dos y jerarquice a los demás, finalmente el presidente del tribunal será quien mayor apoyo, conforme a la jerarquización que logró de las partes.

¹⁸⁹ El Tratado Constitutivo de la Unasur entró en vigor el 11 de marzo de 2011; fue ratificado por Argentina, Bolivia, Brasil, Chile, Colombia, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Surinam, Uruguay y Venezuela, en su contenido se resalta su concepción como espacio de integración regional. En su art. 21 contempla la solución de diferencias en caso de suscitarse algún tipo de diferencia entre Estados, en la interpretación o aplicación del tratado constitutivo, estableciendo las negociaciones directas y de no llegarse a resolver, acudir al consejo de delegados a fin de encontrar solución al conflicto, cuestión fundamental para la mantener la paz y potenciar los lazos de cooperación. https://repo.UNASURsg.org/alfresco/service/UNASURsg/documents/content/TRATADO_CONSTITUTIVO_DE_LA_UNION_DE_NACIONES_SURAMERICANAS.pdf?noderef=44d79020-e810-4d55-99f7-7f0ae5db23ec.

¹⁹⁰ Uruguay Unasur, “Acta XIV Reunión del grupo de trabajo de expertos de alto nivel sobre solución de controversias en materia de inversiones de UNASUR”, UNASUR, 2016, 1, https://repo.UNASURsg.org/alfresco/service/UNASURsg/documents/content/DECIMA_CUARTA_REUNION_DEL_GRUPO_DE_TRABAJO_DE_EXPERTOS_DE_ALTO_NIVEL SOBRE SOLUCION DE CONTROVERSIAS EN MATERIA DE INVERSIONES DE UNASUR ACTA.pdf?noderef=42dd7b23-19c6-4252-abd1-654d895d8a2c.

¹⁹¹ Bas Vilizzio, “Solución de Controversias en los TBI: Mapa de Situación en América del Sur”, 250-1.

- c. Se incorporan recursos a los que pueden ser sometidos los laudos arbitrales, tales como: el recurso de aclaración, de revisión, anulación.
- d. Contempla el mecanismo de apelación como recurso novedoso; que busca otorgar coherencia en las decisiones de casos similares a través de un sistema de precedentes.¹⁹²
- e. Se plantea la recusación a los árbitros y/o de los conciliadores. Se establece una serie de elementos que dotan de transparencia al proceso y también un código de conducta para los árbitros.
- f. Se abre la posibilidad de conformar un tribunal permanente con 12 integrantes como máximo, propuestos por cada uno de los países miembros.¹⁹³

Si bien en el avance de la construcción del centro de solución de controversias de la Unasur se han planteado alternativas inclusive que empatan con propuestas planteadas en la academia, por analistas en temas de inversión e incluso algunas de ellas discutidas en las conferencias a nivel global que las lidera la Unctad; no obstante, en la coyuntura política actual la región aún desconoce si podrá o no llegar a ser una realidad la creación del centro de la Unasur, pues mucho dependerá de la voluntad política de los representantes de los países miembros, más aún cuando en los actuales momentos se ha anunciado de parte de ciertos gobiernos de turno que iniciarán un proceso de denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur,¹⁹⁴ no obstante, considero que los gobiernos de turno de los países suramericanos deberían deponer sus visiones ideológicas-partidistas y actuar en consonancia con lo que resultaría positivo para nuestra región, reconociendo que el paraguas de una verdadera integración suramericana, no solo responde a las proyecciones de mediano o largo plazo que como un bloque hubiésemos podido plantear,

¹⁹² Silvia Fiezzoni considera que la propuesta que maneja la Unasur muestra la influencia de los procesos impulsados en la Organización Mundial de Comercio, en lo referente al Entendimiento sobre solución de diferencias en cuanto se establece la fase de consulta y posterior a ella, la instancia de apelación y la ejecución de los laudos. En Silvia Fiezzoni, “Las Principales Características de la Propuesta de Ecuador”, *Investment Treaty News*, n.º 2 (2012): 7, https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_es.pdf.

¹⁹³ Este es uno de los temas más importantes en los que hasta el año 2016 los delegados de los países miembros de la Unasur no llegaron a un acuerdo consensuado; sin embargo, es una propuesta que a nivel mundial se está discutiendo, siendo muy probable que en la Unión Europea pueda llegar a concretarse.

¹⁹⁴ Al año 2011, la comunidad internacional miró a Unasur con mucha expectativa, incluso hubo quienes como Martín Doe Rodríguez, Asesor de la Corte Permanente de la Haya, rescataba que la voluntad política de los impulsores es fundamental para concretar la creación del centro, sin embargo resaltó que el tema ideológico debe ser apartado del proceso, pero en general se rescataba que la voluntad de los Estados como tales más que por su línea ideológica es fundamental para consolidar procesos de verdadera integración como estos. En, Andina Agencia Peruana de Noticias, “Expertos aseguran que corte de arbitraje desde la Unasur es viable”, *Andina Agencia Peruana de Noticias*, 6 de octubre de 2011, <https://andina.pe/agencia/noticia-expertos-aseguran-corte-arbitraje-desde-UNASUR-es-viable-380915.aspx>.

en base a nuestras necesidades y potencialidades en materia de energía renovable, biodiversidad, sistema popular y solidario, cultura, educación etc., ya que la integración de las naciones del sur no solo debe responder a lo que vivimos en tiempos actuales sino sobre todo a la historia que han venido construyendo nuestros pueblos.

Con la denuncia del Tratado Constitutivo de la Unasur aprobada por la Asamblea Nacional del Ecuador, y la notificación oficial que hará llegar el ejecutivo respecto a su decisión de separarse de la Unasur,¹⁹⁵ tendrán que transcurrir 6 meses para que dicha denuncia surta efectos.¹⁹⁶

Ahora bien, más allá de la denuncia que hizo el actual gobierno del Ecuador, así como el anuncio de separarse de la Unasur realizado por jefes de Estado o los cancilleres de seis países; otros países como Bolivia, Uruguay, Venezuela, Guayana y Surinam siguen siendo parte de la Unasur por tanto esta seguirá vigente y más bien, desde mi opinión, podrá en base a su tratado constitutivo realizar algunas enmiendas que se han hecho necesarias con las experiencias obtenidas en estos 8 años de vigencia,¹⁹⁷ y de igual manera podría ponerse en marcha algunos temas que se quedaron pendientes como llevar adelante la creación del centro de solución de controversias en materia de inversiones de la Unasur, con la perspectiva de que en un futuro próximo, de forma muy probable, los países que hoy se separan por decisión política de sus jefes de Estado, sean los mismos que luego se adhieran conforme a lo dispuesto en el mismo tratado. O en su defecto, si la Unasur se desintegra por completo, las propuestas trabajadas en el ámbito regional podrían servir de base para otros espacios de integración suramericana o latinoamericana, como la Aladi o la Celac, pues sin lugar a dudas una propuesta regional como la que fue impulsada por Ecuador en materia de solución de controversias en inversiones, cumple con ofrecer elementos novedosos contemplados en el proyecto borrador del centro de la Unasur, que podrían ser muy útiles en la consolidación de propuestas dirigidas a mejorar el régimen de solución de controversias en materia de inversiones.

Por otro lado, podemos resaltar que en los últimos años el país se adhirió al Acuerdo Comercial con la Unión Europea, el mismo que entró en vigencia a partir de 1

¹⁹⁵ La aprobación a la denuncia del tratado de la Unasur, contó con el voto a favor de 79 asambleístas de los 137. Ecuador Asamblea Nacional, “Pleno de la Asamblea aprueba que Ecuador deje la Unión de Naciones Suramericanas”, Asamblea Nacional, accedido 20 de septiembre de 2019 <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/63129-pleno-de-la-asamblea-aprueba-que-ecuador-deje-la-union>. Respecto a este acontecimiento histórico para el país y la región, solo el portal institucional de la Asamblea Nacional cuenta con información oficial, no así los portales de Cancillería ni Presidencia de la República del Ecuador.

¹⁹⁶ Uruguay Unasur, *Tratado Constitutivo de la Unasur*, art. 24.

¹⁹⁷ *Ibíd.*, art. 25.

de enero del 2017, de este acuerdo se rescata, una serie de mecanismos participativos y de asesoría con los sectores involucrados; además se proyecta a la creación de mecanismos institucionales y de monitoreo que, no solo fomentan los objetivos del acuerdo sino también atienden de forma oportuna las diferencias que puedan surgir; sirviendo de esta manera a la prevención de controversias.

El proceso de solución de controversias conforme al Acuerdo Comercial Ecuador-Unión Europea¹⁹⁸ mantiene dos fases: la primera es de consultas donde las partes de la controversia buscarán llegar a un acuerdo, de no lograrlo; existe una segunda fase con el procedimiento arbitral. Se conformará un comité que trabajará a su vez por subcomités, conformados por delegados de cada uno de las partes. Conforme al anuncio de la instalación del Comité de Comercio, se determinó una lista de árbitros, conformada por cinco nombrados por cada parte y otros diez nombrados de mutuo acuerdo, que cumplan un perfil profesional acorde a la materia y caracterizado por su independencia e imparcialidad.¹⁹⁹

En relación al modelo de Convenio de inversiones para el desarrollo -CID trabajado por la Cancillería ecuatoriana²⁰⁰ que fuera presentado el mes de marzo del 2018 con la denominación de Convenios Bilaterales de Inversión (CBI), fue considerado como un acuerdo de nueva generación, siendo el resultado de un rediseño en su contenido guardando coherencia con el mandato constitucional, al garantizar la protección a las inversiones y a la vez el interés nacional.²⁰¹

Conforme al contenido del CIB²⁰² se puede resaltar varios elementos importantes que, a más de guardar concordancia con el marco constitucional, también tienen relación

¹⁹⁸ Ecuador, *Acuerdo de Comercio Ecuador, Colombia y Perú - Unión Europea*, Registro Oficial Edición especial 780, 24 de noviembre de 2016, http://www.sice.oas.org/Trade/COL_PER_EU_FTA/Index_new_PDF_s.asp.

¹⁹⁹ Unión Europea, “Cartilla Ecuador – Unión Europea”, *Delegación de la Unión Europea, Ecuador*, marzo 2017, 33, https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/cartilla_acuerdo_comercial_ue-ecuador_0.pdf.

²⁰⁰ El modelo del CID, que finalmente se denominó como Convenio Bilateral de Inversión fue el resultado de una labor interinstitucional en la que participaron, a más de la Cancillería, el Ministerio de Comercio Exterior, la Secretaría de Planificación y Desarrollo (Senplades), la Procuraduría General del Estado, la Secretaría Jurídica de la Presidencia.

²⁰¹ Ecuador Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, “Cancillería presenta los nuevos convenios bilaterales de inversión”, *Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana*, 25 de febrero de 2018, párrs. 1-4, <https://www.cancilleria.gob.ec/cancilleria-presenta-los-nuevos-convenios-bilaterales-de-inversion/>.

²⁰² Se hace referencia a una de las versiones del CIB, específicamente la versión del 17 de octubre de 2013; pues la Cancillería al año 2019 no facilitó el contenido de este modelo para la presente investigación, ya que según el Director de Relacionamento Interinstitucional, Dr. Christian Espinosa, quien fuera entrevistado por la autora de esta tesis, el CIB ya no es utilizado como referente para la negociación de nuevos acuerdos internacionales en la actual administración del canciller José Valencia.

con las alternativas planteadas por la Unctad; de tal forma que, en materia de prevención y solución de controversias se destacan los siguientes:

Se determinan procesos de solución de controversias entre las partes contratantes es decir entre los Estados parte, y procesos para la solución de controversias entre un inversionista y el Estado receptor de la inversión.

Para la solución de controversias inversor-Estado se determina lo siguiente:

- a. No se establece una instancia obligatoria para la solución de controversias, salvo evacuar la instancia administrativa. Establece instancias de diálogo, mecanismos amistosos y mediación, así como tribunales nacionales y arbitraje como opciones para solucionar controversias.
- b. Plantea alternativas para el desarrollo del arbitraje optando por instancias regionales latinoamericanas²⁰³ o el arbitraje nacional o internacional.²⁰⁴
- c. En el contenido del CID se desarrollan ciertas normas de procedimiento para el arbitraje nacional o internacional, referentes a la forma de designación de los árbitros, sus plazos. Establece al sorteo como medida que destraba la falta de acuerdo en la designación de los árbitros.
- d. El arbitraje será en derecho. Se establece un plazo máximo de seis meses para cumplimiento del laudo, salvo que en este se establezca un plazo en particular. Se ratifica que el laudo es inapelable y de cumplimiento obligatorio.
- e. Se determina un periodo de caducidad para iniciar el proceso de arbitraje. Específicamente establece tres años desde que el inversionista tuvo conocimiento o debió haber conocido sobre la afectación que provocó la controversia.
- f. La materia tributaria queda excluida de ser conocida y resuelta a través de arbitraje, pues cada Estado parte reserva su jurisdicción para resolver estos casos a través de sus instancias administrativas o judiciales.

En el caso de las controversias entre las partes contratantes estas se refieren al conflicto que puede suscitarse en la interpretación y aplicación del Convenio, sobre lo

²⁰³ En el modelo del CID se establece que el mecanismo de arbitraje en instancias latinoamericanas requiere que el Estado parte de la controversia se haya adherido a aquel con lo que, de alguna manera, hace referencia al modelo de centro de arbitraje de la Unasur.

²⁰⁴ En carta abierta, algunos de los integrantes de Caitisa se pronunciaron en relación al nuevo modelo de convenio de inversión, recordando lo innegociable que es someterse a tribunales que apliquen las leyes nacionales, en *Revista de Arbitraje de la Comunidad Iberoamericana*, “Ex integrantes de Caitisa denuncian que Ecuador contemple el arbitraje internacional en los nuevos TBI”, *CIAR Global*, 9 de marzo de 2018, párr. 17, <https://ciarglobal.com/ex-integrantes-de-caitisa-denuncian-que-ecuador-contemple-el-arbitraje-internacional-en-los-nuevos-tbi/>

cual establece:

- a. Como mecanismos preferentes se establece la vía diplomática y el uso de mecanismos amistosos como conciliación, mediación y buenos oficios.
- b. Si no se resuelve la controversia en un plazo de seis meses, se someterá a solicitud de cualquiera de las partes ante un tribunal arbitral. Al igual que para el caso del arbitraje inversor-Estado se establece ciertas normas para la elección, plazos, etc.; sin embargo, no especifica alternativas de arbitraje como si lo hace en el caso inversor-Estado.
- c. Establece como derecho aplicable a las normas contenidas en el Convenio y los principios universalmente reconocidos en el Derecho Internacional. Mientras que el caso inversor-Estado el derecho aplicable será la legislación nacional del Estado en donde se realizó la inversión.

A más de estos aspectos que están relacionados a la solución de controversias es importante destacar otros elementos relacionados con la prevención de controversias, el seguimiento a la aplicación del convenio, la cooperación y transparencia; de tal forma que:

- a. Se establece que las disposiciones del Convenio no tendrán efecto retroactivo, en específico señala que “no se aplicará a divergencias o controversias surgidas con anterioridad a su entrada en vigencia”.²⁰⁵
- b. Las partes contratantes se comprometen en generar un espacio de diálogo de carácter permanente que evalúe, realice el seguimiento y si es necesario determine conclusiones sobre la interpretación de ciertas cláusulas que adolezcan de falta de claridad. De igual manera las partes realizarán una evaluación y seguimiento de los efectos en el ámbito social, económico y ambiental para enfocarse al mejoramiento en su implementación.
- c. La cooperación entre los Estados parte cumple un papel fundamental no solo para prevenir conflictos sino para fortalecer la promoción y el fomento de las inversiones mutuas, de tal forma que se concretará al desarrollo de capacidades institucionales, el intercambio de información sobre las oportunidades de inversión, realizarán estudios de pre factibilidad, etc.
- d. La transparencia y garantía de acceso a la información son abordadas como mecanismos de promoción y protección de inversiones. La información de

²⁰⁵ Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana - Convenio para la Promoción de Inversiones para el Desarrollo (CID), art. 1, documento de trabajo, 17 de octubre de 2013.

inversionistas o inversiones de cada Estado parte, los procesos administrativos o judiciales serán públicos y estarán disponibles para todas las personas.

Otro aspecto de trascendental importancia incorporado en el CID es que contempla de forma general los derechos y obligaciones de las partes, y de los inversionistas. Es evidente que los derechos de los inversionistas son más específicos²⁰⁶ pero no deja de contemplarse ciertos compromisos generales que se adquieren en torno a los derechos humanos, medio ambiente, etc. Adicionalmente, resulta innovador que se haga expresa mención al tratamiento de las inversiones en sectores estratégicos estableciendo que éstas se regularán conforme al ordenamiento jurídico nacional de acuerdo al lugar donde se realice la inversión.

Frente al esfuerzo interinstitucional y de vanguardia por concretar un modelo de convenio para inversiones que guarde coherencia con la Constitución de la República y las nuevas tendencias a nivel internacional, se logró en gran medida materializarlo con el lanzamiento del Convenio Bilateral de Inversiones; razón por la que resulta un total despropósito que el actual régimen gubernamental haga caso omiso de este instrumento modelo que, teniendo una naturaleza flexible y adaptable a las necesidades y proyecciones en la relación de las partes, hubiese sido un punto de partida novedoso para cualquier negociación en materia de inversiones.²⁰⁷

Valga decir que en la coyuntura política actual no es la única situación que estaría poniendo en desventaja los intereses y objetivos nacionales ya que también se han suscitado hechos que ponen en tela de duda la actuación de la institucionalidad que es la llamada a cumplir y hacer cumplir la Constitución; como veremos más adelante la potestad legislativa de la Asamblea Nacional y de la función Ejecutiva viene generando un caos normativo e institucional que atenta directamente a la seguridad jurídica y la imagen del país como destino confiable para la inversión.

1.2 Marco legal en materia de inversión extranjera

El régimen de inversiones en el Ecuador es concebido como un sistema que tiene como objetivo promover la estabilidad, previsibilidad jurídica, incentivos y mecanismos

²⁰⁶ En el CID no se contemplan todos los estándares de protección que eran típicos en los TBI, por ejemplo el estándar de nación más favorecida (NMF) no está incluido, mientras que las normas de tratamiento como son: el trato justo y equitativo, el trato no discriminatorio, el trato nacional sí están incorporados.

²⁰⁷ En todo proceso de negociación, las partes deben tener objetivos e intereses claros, de lo contrario estaríamos presenciando un autosometimiento donde la parte que no identifica su postura e intereses termina accediendo a las condiciones que la otra parte le ofrece.

para la solución de controversias. En relación al presente estudio, es preciso indicar la estructura legal y reglamentaria que contempla la inversión extranjera, precisando la regulación específica para ciertas áreas.

Conforme al marco constitucional, el Estado ecuatoriano responde a un modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, que a su vez contempla un modelo de desarrollo dirigido al buen vivir o *sumak kawsay* proyectándose a establecer una relación equilibrada y armoniosa entre diferentes sujetos y elementos que forman parte de la sociedad,²⁰⁸ de tal forma que en el ámbito económico propenderá al equilibrio de las relaciones entre “sociedad, Estado y mercado, en armonía con la naturaleza”.²⁰⁹

Una visión compleja de la categoría de desarrollo precisamente implica vincularlo al buen vivir y al modelo de Estado constitucional de derechos y justicia, reconociendo que el modelo de desarrollo orientado al buen vivir, conlleva una proyección emancipatoria frente a la experiencia histórica, para lo cual necesita de condiciones materiales y de un Estado que juegue un papel protagónico en su promoción y garantía.²¹⁰ Por lo que es preciso destacar que un modelo de desarrollo que involucre la satisfacción del interés común, el ejercicio de los derechos y la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo, no se base únicamente el reconocimiento de derechos y garantías sino que requerirá una institucionalidad que cumpla un rol protagónico a partir del cumplimiento de sus facultades principalmente la de planificación y regulación, promoviendo una relación equilibrada entre Estado, mercado, sociedad y naturaleza.²¹¹

Es así que, este régimen de desarrollo más allá de un crecimiento económico persigue el desarrollo integral y sostenible que rescata la importancia de la responsabilidad social y ambiental, razón por la que por ejemplo se contrapone al sistema de economía social de mercado,²¹² propio del marco constitucional del año 1998, cuyo objetivo era el crecimiento económico per se, con una ausente intervención y regulación del Estado, que dio lugar al incremento de las desigualdades sociales y económicas así

²⁰⁸ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 275.

²⁰⁹ *Ibíd.*, art. 283.

²¹⁰ Navas Marco y Alexander Barahona, “La Constitución como proceso de transformación y espacio de disputa: reflexiones sobre los sentidos del modelo de desarrollo en la Constitución de Montecristi”, en *La Revolución Ciudadana en escala de grises*, ed. Matthie Le Quang (Quito, EC: Editorial IAEN, 2016), 154.

²¹¹ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 275.

²¹² El modelo de economía social de mercado estaba contemplado en la Constitución de la República del 1998, art. 244.

como dio cabida a una explotación irresponsable de los recursos naturales.²¹³

Con la Constitución del 2008 se promueve cambios estructurales en el abordaje al sistema económico, la inversión extranjera, las relaciones internacionales, las facultades del Estado tales como la planificación, el control y la regulación, etc.

En efecto, el marco constitucional prioriza la inversión nacional por sobre la extranjera, estableciendo regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos. La inversión extranjera directa es complementaria a la nacional, cuestión que no debe entenderse como un desincentivo, sino que en el marco del respeto al ordenamiento jurídico, a los derechos, guardando concordancia con las necesidades y prioridades definidas en la planificación nacional,²¹⁴ cumplirá con el objetivo de diversificar la producción e innovar la tecnología.²¹⁵

Dentro del régimen de desarrollo se establece límites a la participación de la inversión privada y dentro de esta a la extranjera en los sectores estratégicos tales como “la energía (...), las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua,”²¹⁶ reservando para el Estado la competencia de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, considerados así por su trascendencia ambiental, económica, política y social; reconociendo además que el Estado mantiene el control exclusivo, a fin de que su aprovechamiento se dirija a cumplir con el pleno desarrollo de los derechos y el interés social.²¹⁷

Inclusive, el Estado se reserva la provisión de los servicios públicos,²¹⁸ en tal razón, la norma constitucional establece que la participación en los sectores estratégicos y servicios públicos puede ser delegada a empresas mixtas (donde el Estado tenga mayoría accionaria), y solo de manera excepcional, podrá delegar a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, el ejercicio de estas actividades, a excepción del agua cuya gestión será exclusivamente pública o comunitaria.²¹⁹

²¹³ Nicole Pérez, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, en *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, ed. Ramiro Ávila Santamaría, (Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008), 207.

²¹⁴ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 339.

²¹⁵ Nicole Pérez, “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”, 211.

²¹⁶ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, art. 313.

²¹⁷ *Ibíd.*

²¹⁸ Se refiere a servicios públicos de agua potable y de riego, saneamiento, energía eléctrica, telecomunicaciones, vialidad e infraestructuras portuarias y aeroportuarias.

²¹⁹ Ecuador, *Constitución de la República del Ecuador*, arts. 316 y 318.

Por otro lado, en el marco de las relaciones internacionales se establece que estas deberán responder a los intereses del pueblo ecuatoriano previniendo que los responsables y ejecutores deberán rendir cuentas al mandante, en cuanto al cumplimiento de los principios de las relaciones internacionales, entre los que está el fomentar un sistema de comercio e inversión entre los Estados sustentado en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, el establecimiento de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales, entre otras aspectos; rechazando a su vez que las diferencias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados.²²⁰

En cuanto al sometimiento a mecanismos de solución de controversias, basándose en la libre determinación de los pueblos, la soberanía nacional y la integración de la región; el artículo 422 dispone que “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”,²²¹ estableciendo como excepción, los instrumentos internacionales que determinen a “instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”²²² como competentes para la solución de controversias entre Estado y ciudadanos en Latinoamérica.²²³

Adicionalmente, la norma constitucional reconoce a los MASC como el arbitraje, la mediación y otros métodos alternativos, los mismos que deberán desarrollarse de acuerdo a lo que manda la ley y en materias cuya naturaleza sean transigibles. Se añade que en materia de contratación pública solo cabe el arbitraje en derecho, con el requisito previo de que la Procuraduría del Estado se pronuncie favorablemente.²²⁴

Según lo detalla Gustavo Guerra, existen normas constitucionales que promueven la inversión privada incluida dentro de esta, el ejercicio de la libertad de empresa que implica el derecho a desarrollar actividades económicas, la libertad de contratación y de

²²⁰ *Ibíd.*, art. 416.

²²¹ *Ibíd.*, art. 422.

²²² *Ibíd.*

²²³ Mediante Decreto 1823 de 2 de julio de 2009, el gobierno ecuatoriano denunció y declaró terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (Ciadi), suscrito el 15 de enero de 1986, por conflicto con la norma constitucional.

²²⁴ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 190.

trabajo,²²⁵ recordando que el marco constitucional en sus artículos 321 y 82, respectivamente, garantiza la propiedad privada,²²⁶ así como la seguridad jurídica.²²⁷

De la mano, la norma constitucional garantiza expresamente la igualdad de las personas extranjeras y los ecuatorianos, en cuanto al ejercicio de sus derechos y obligaciones.²²⁸

Ahora bien, a partir de los preceptos constitucionales se ha desarrollado normativa legal y reglamentaria en materia de inversión, que se ha mantenido en constante revisión y modificación. En el año 2010 se expidió el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (en adelante, Copci) como el principal cuerpo legal que regula la inversión, establece una serie de incentivos y contempla la articulación de la inversión con los objetivos de desarrollo y la planificación nacional. Esta normativa recalca la garantía del trato no discriminatorio a los inversionistas extranjeros y a sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, la protección a los derechos de propiedad, la no expropiación o confiscación, la protección y seguridades plenas que gozan los inversionistas.

En el marco del Copci la *inversión extranjera* es aquella “de propiedad o que se encuentra controlada por personas naturales o jurídicas extranjeras domiciliadas en el extranjero, o que implique capital que no se hubiere generado en el Ecuador”.²²⁹

Es preciso destacar que el Copci garantiza la estabilidad jurídica y tributaria de la inversión; por ejemplo, al suscribir contratos de concesión u otros títulos habilitantes, para la gestión de sectores estratégicos o la provisión de servicios públicos.

Además, existe la Ley para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, expedida en el 2018, que contempla una serie de reformas a varios cuerpos legales, entre ellos el Copci; estableciendo mayores incentivos a la inversión extranjera, reforma las normas referentes

²²⁵ *Ibíd.*, art. 66, nums. 15-7.

²²⁶ *Ibíd.*, art. 321.

²²⁷ Gustavo Guerra, “Relatos jurídicos para el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales relativos a la inversión privada extranjera: Regular su rol complementario en el nuevo modelo económico”. *Universidad Andina Simón Bolívar*, 2010, 10, <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4058/1/PI-2010-04-Guerra-Retos%20jur%C3%ADdicos.pdf> .

²²⁸ Ecuador, *Constitución de la República*, art. 9.

²²⁹ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones Copci*, Registro Oficial Suplemento 351, 29 de diciembre de 2019, art. 13. Última actualización mediante *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*, Registro Oficial 309, suplemento, 21 de agosto de 2018.

a la suscripción de contratos de inversión y a los mecanismos de solución de controversias, el tratamiento a los laudos arbitrales expedidos en el extranjero.

En adición a esta normativa principal, existen otros relevantes instrumentos legales y reglamentarios que regulan temas que se relacionan con la inversión extranjera, dentro de lo se pueden destacar los siguientes:

- Código Orgánico General de Procesos (en adelante, Cogep), que regula las sentencias y actas de mediación expedidos en el extranjero; la Ley de Mediación y Arbitraje; el Código Orgánico Administrativo (en adelante, COA); Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas (en adelante, APP) establece incentivos para la inversión nacional y extranjera para proyectos públicos prioritarios en los que el Estado delega al sector privado, su ejecución.
- En normativa reglamentaria existe: el Reglamento de Inversiones del Copci - 2019, antes denominado: Reglamento a la estructura e institucionalidad de desarrollo productivo de la inversión y de los mecanismos e instrumentos de fomento productivo, establecidos en el Copci; Reglamento a la Ley para Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, que en su Capítulo VIII incluye las reformas al Reglamento referido al Copci.
- Un amplísimo abanico de decretos, muchos de ellos que contradicen disposiciones legales, que serán analizados más adelante. Entre ellos se mencionan a: Decreto Ejecutivo 252 [2017]; Decreto Ejecutivo 439 [2018], Decreto Ejecutivo 440 [2018], Decreto Ejecutivo 252 [2017].
- Resolución Ministerial 43 [2018] emitida por el Ministerio de Economía y Finanzas, que expide el instructivo para la emisión de dictámenes sobre las solicitudes del Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones (en adelante, Cepai); Resolución 001-Cepai-2019, [2019] del Cepai que determina los aspectos operativos para la aplicación de los incentivos, Resolución 0017-Cepai- 2019 del Cepai que regula el procedimiento de monitoreo de los contratos de inversión, de expedientes administrativos que se generen por incumplimientos y aplicación de sanciones previstas en la normativa, Resolución 001-CAPI-2018 [2019] del Cepai que expide el Reglamento de Funcionamiento del Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones.

Tabla 7
Actual marco normativo de inversiones en Ecuador

1. Constitución de la República del Ecuador del año 2008	2. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, COPCI, última actualización mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Registro Oficial 309, suplemento, 21 de agosto de 2018.	3. Ley Orgánica de Incentivos para Asociaciones Público – Privadas APP	4. Código Orgánico General de Procesos, Registro Oficial 517, 26 de junio de 2019 Suplemento
5. Ley de Mediación y Arbitraje última actualización mediante Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Registro Oficial 309, suplemento, 21 de agosto de 2018.	6. Código Orgánico Administrativo, específicamente artículos 248 y siguientes, Registro Oficial, Suplemento, 7 de julio de 2017	7. Reglamento de Inversiones del COPCI, última actualización mediante Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, Registro Oficial 392, Suplemento, 20 de diciembre de 2018.	8. Decreto Ejecutivo N° 252 de 22 de diciembre de 2017, Registro Oficial 158, Suplemento, 11 de enero de 2018, que crea el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones - CEPAI.
9. Decreto Ejecutivo N° 439 de 14 de junio de 2018, Registro Oficial 278, Segundo Suplemento, 6 de julio de 2018, que reestructura los Consejos Sectoriales.	10. Decreto Ejecutivo N° 440 de 26 de junio de 2018 mediante el cual el Consejo Sectorial Económico y Productivo asume todas las atribuciones del Consejo Sectorial de la Producción establecidas en Decreto Ejecutivo N° 252	11. Resolución Ministerial N° 43 de 27 de noviembre de 2018 expedida por el Ministerio de Economía y Finanzas, mediante el cual expide el instructivo para la emisión de dictámenes sobre las solicitudes del CEPAI	14. Resolución No. 001-CEPAI-2019, del CEPAI que determina los aspectos operativos para la aplicación de los incentivos de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, generación de empleo y estabilidad y equilibrio fiscal
	12. Resolución Nro. 0017-CEPAI-2019, del CEPAI, que establece el Procedimiento general de monitoreo de los contratos de inversión, de expedientes administrativos que se generen por incumplimientos y aplicación de sanciones previstas en la normativa.	13. Resolución N° 001-CAPI-2018,, del CEPAI que expide el Reglamento de Funcionamiento del Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones.	

Fuente: Registro Oficial
Elaboración propia

1.3 Marco institucional en materia de inversión extranjera

El Código Orgánico de Producción Comercio e Inversiones (Copci) como la principal normativa del régimen de inversiones, establece un sistema institucional encargado de regular, controlar, gestionar y promover la inversión extranjera en el país, que está integrada de la siguiente manera:

Conforme al Copci, desde el año 2010 existe el Consejo Sectorial de la Producción que es el máximo órgano de rectoría gubernamental en materia de inversiones, para lo cual cuenta con una Secretaría Técnica a cargo del Ministerio que presida el Consejo. Sin embargo, en el año 2017 se crea una institucionalidad paralela a la contemplada en el Código, a través del Decreto Ejecutivo 252 se instaura el Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones (Cepai) determinando que “será la máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones”,²³⁰ de tal forma que esta institucionalidad paralela asume competencias que al mismo tiempo constan establecidas para el Consejo Sectorial según el Copci.

Esta situación llega al punto de que el propio Cepai en el reglamento de funcionamiento aprobado en su seno determina que, a más de las atribuciones establecidas en el Decreto 252, el Cepai deberá aprobar los compromisos contractuales a ser incluidos en los contratos de inversión necesarios para el desarrollo de nueva inversión de acuerdo a lo establecido en el artículo 25 inciso segundo del Copci,²³¹ así también tendrá que aprobar las políticas para la negociación y renegociación; y los parámetros para futuras negociaciones de TBI; así como absolver las consultas que se presente.²³²

A partir de lo que se coteja en el siguiente cuadro, se puede observar que la aprobación y reforma de una serie de cuerpos legales y reglamentarios, así como la emisión continua de decretos ejecutivos que regulan el ámbito de las inversiones y sus incentivos, responden a un proceso legislativo donde hace falta una visión integral de la norma, que ha provocado que las reformas sean desordenadas, que exista un caos normativo por su falta de coherencia y armonización con el ordenamiento jurídico, a la

²³⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 252*, Registro Oficial 158, Suplemento, 11 de enero de 2018, Disposición General Primera.

²³¹ Cabe destacar que esta atribución que se auto-otorga el Cepai, se la reconoce al ente rector de la materia, según establece el inciso segundo del art. 25 del COPCI al contemplar que, en los contratos de inversión, los compromisos contractuales para una nueva inversión serán previamente aprobados por el ente rector de la materia de dicha inversión.

²³² Ecuador Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones, *Resolución 001-CAPI-2018*, Registro Oficial 31, 3 de septiembre de 2019, art. 5.

vez se traduce en un caos institucional que, en definitiva afecta de forma directa a la eficacia y los objetivos de la norma.

A continuación, un detalle de las funciones del Consejo Sectorial de la Producción creado por el Copci, frente a las funciones de la institucionalidad paralela creada por Decreto Ejecutivo 252:

Tabla 8
Comparativo de los entes rectores del fomento, regulación y gestión de la inversión

Consejo Sectorial de la Producción, creado por el Copci ²³³	Comité Estratégico de Promoción u Atracción de Inversiones Cepai, creado por <i>Decreto Ejecutivo 252</i> ²³⁴
<p>Atribuciones del Consejo Sectorial establecidas en el Copci: Es el máximo órgano de rectoría gubernamental en materia de inversiones,²³⁵ para lo cual contará con una Secretaría Técnica a cargo del Ministerio que presida el Consejo. Entre las atribuciones establecidas en el Copci están:</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Aprueba los proyectos de inversión a fin de que la secretaria técnica los suscriba. (art. 5.2 del Reglamento Copci) b. Define las políticas de fomento de las inversiones. c. Establece los parámetros que deben cumplir las inversiones que soliciten someterse a este régimen; d. Autoriza la prórroga de los contratos de inversión;²³⁶ e. Determinar las bases para el plan estratégico plurianual de promoción de inversiones; f. Resolver las apelaciones presentadas por inversionistas que previamente hayan sido sancionados por la Secretaría Técnica; g. Determinar los parámetros que deban cumplir las inversiones que soliciten suscribir contratos de inversión conforme a lo que establece el artículo 25 del Código; (esta competencia también está reconocida para el Cepai en el reglamento aprobado en su seno) h. Monitorear a través de la Secretaría Técnica el cumplimiento de las obligaciones legales y contractuales de los inversionistas que hubieren firmado contratos de inversión; i. Determinar las políticas de inversión, en concordancia con los objetivos, las políticas y las estrategias de desarrollo nacional, así como con los compromisos internacionales 	<p>Atribuciones del Cepai establecidas en el Decreto Ejecutivo 252: Cepai²³⁸ es la máxima instancia de rectoría gubernamental en materia de inversiones,²³⁹ aunque no crea una secretaria técnica como tal, el Ministro de Comercio Exterior e Inversiones asume las atribuciones de la secretaria.</p> <ul style="list-style-type: none"> a. Aprueba los proyectos de inversión y autorizar la suscripción de contratos de inversión b. Define políticas de fomento de las inversiones, c. Establece los parámetros que deben cumplir las inversiones que soliciten incentivos, d. Autoriza la prórroga de los contratos de inversión, e. Determinar las bases para el plan estratégico plurianual de promoción de inversiones; f. Resolver las apelaciones de los inversionistas que hayan sido sancionados respecto de la revocatoria de incentivos; g. Emitir resoluciones para la creación de subconsejos consultivos de acuerdo a lo establecido en el Código de la Producción, Comercio e Inversiones.²⁴⁰ h. Conocer y aprobar el Plan Estratégico Plurianual de Promoción de Inversiones,

²³³ Ecuador, *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial 351, Suplemento, 29 de diciembre de 2010, última actualización mediante *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*, Registro Oficial 309, suplemento, 21 de agosto de 2018.

²³⁴ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 252*, Registro Oficial 158, Suplemento, 11 de enero de 2018.

²³⁵ Ecuador, *Copci*, art. 15

²³⁶ *Ibíd.*, art. 26. De igual manera el literal c. del cuadro, corresponde al art. 25 Copci.

²³⁸ Es preciso destacar que el Cepai y sus atribuciones descritas en cuadro no constan en el COPCI, salvo en lo dispuesto en el Artículo 32 del COPCI que fue reformado en el año 2018, que es el único artículo que menciona al Cepai y establece la posibilidad de revocatoria de los beneficios otorgados al inversionista disponiendo que se lo podrá retirar a través de la resolución de este comité, razón por la cual el Estado cobrará los tributos que dejó de percibir por otorgar beneficios fiscales.

²³⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 252*, art. 2 y disposición general primera.

²⁴⁰ *Ibíd.*, art. 3.

asumidos por el país y el entorno del comercio y los flujos mundiales de inversiones. ²³⁷	
Integrantes del Consejo Sectorial: Sus miembros plenos son los titulares del: Ministerio de Economía y Finanzas, “quien lo articulará”, Servicio de Rentas Internas, Servicio Nacional de Aduana, Ministerio de Agricultura y Ganadería, Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, Ministerio de Turismo, Banco Central, Secretaría Técnica del Comité de Reconstrucción y Reactivación Productiva. ²⁴¹	Integrantes del Cepai: Sus miembros plenos son los titulares de: Ministerio de Industrias, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, quien lo preside y ejerce la Secretaría del comité, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana, el Ministerio de Economía y Finanzas y la Secretaría Nacional de Planificación. ²⁴²
Secretaría Técnica, creada por el Copci, mantiene las siguientes funciones:	Ministerio de Producción, Comercio Exterior e Inversiones que ejerce también la secretaría, según el Decreto 252 tiene las funciones de:
<ul style="list-style-type: none"> a. Informar al Consejo Sectorial respecto a los incumplimientos en los que han incurrido inversionistas beneficiarios de incentivos, así como la recomendación de las sanciones correspondientes. b. Notificar al inversor el incumplimiento del contrato de inversión, concediéndole un plazo para que presente las justificaciones correspondientes; en caso de no desvirtuarse estos hechos se le notificará la pérdida del derecho a la estabilidad tributaria. c. Coordinar con los organismos de control, la ejecución de los beneficios para cada proyecto de inversión. d. Monitorear el cumplimiento de las obligaciones asumidas por los inversionistas. e. Suscribir los contratos de inversión, aprobados por el Consejo Sectorial de la Producción²⁴³ f. Llevar el registro y estadística de las inversiones nacionales y extranjeras en el país y nacionales en el exterior, sin perjuicio de las atribuciones y la coordinación con el Banco Central (art. 5.6 Reglamento Copci); g. Requerir al SRI la información relacionada con las empresas que se hayan beneficiado de los incentivos (art.5.11 Reglamento Copci); h. Desarrollar un sistema de registro y alerta de las controversias inversionista-Estado, en coordinación con la Procuraduría General del Estado (art.5.13 Reglamento Copci). 	<ul style="list-style-type: none"> a. Determinar la revocatoria de beneficios otorgados a los inversionistas (art. 4 literal o.) b. Notificar al inversor el incumplimiento del contrato de inversión, concediéndole un plazo para que presente las justificaciones correspondientes; en caso de no desvirtuarse estos hechos se le notificará la pérdida del derecho a la estabilidad; c. Coordinar con los organismos de control, la ejecución de los beneficios para cada proyecto de inversión. d. Llevar un registro actualizado de los beneficiarios de los incentivos y de los contratos de inversión; e. Monitorear el cumplimiento de las obligaciones de los inversionistas. f. Suscribir los contratos de inversión, previa aprobación del Cepai [no deberá realizarlo la secretaría técnica sino cada entidad rectora en donde se realice la inversión (art. 5)].

Fuente: Copci y Decreto Ejecutivo 252
Elaboración propia

Tal como se había resaltado, el Cepai creado por decreto viene a ser una entidad paralela al Consejo Sectorial de la Producción que es contemplado en el Copci, ya que cumplen las mismas funciones como autoridades rectoras en materia de inversiones; si bien ambos son órganos colegiados sin embargo, el Consejo Sectorial se encuentra conformado por autoridades que de acuerdo a su competencia y ámbito de acción pueden

²³⁷ Ecuador, *Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*, Registro Oficial Suplemento 450, 17 de mayo de 2011. [última actualización mediante *Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*, Registro Oficial 392, Suplemento, 20 de diciembre de 2018], art. 3. Los literales e, f, g, h, i del cuadro corresponden a las atribuciones que contempla el art. 3 del Reglamento del Copci.

²⁴¹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 439*, Registro Oficial 278, Segundo Suplemento, 6 de julio de 2018, art. 9.

²⁴² Ecuador, *Decreto Ejecutivo 252*, art. 2.

²⁴³ Ecuador, *Reglamento del Copci*, art. 5.

aportar de manera integral y eficiente en un adecuado tratamiento a la inversión en general y en específico a la inversión extranjera.²⁴⁴ Tal como se cotejó en el cuadro anterior, las competencias de estos órganos se superponen,²⁴⁵ tales como: la determinación de parámetros que deben cumplir las inversiones para obtener incentivos; aprobar la prórroga de contratos de inversión; resolver las apelaciones a las sanciones de revocatoria de incentivos, interpuestas por los inversionistas afectados, entre otras.

Además, el Cepai a través de una resolución propia de su seno se autoconcede una competencia del Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana,²⁴⁶ que siendo el rector de la política exterior es encargado de la formulación y negociación de los tratados internacionales de inversión extranjera,²⁴⁷ competencia que es asumida por el Cepai al encargarse de la aprobación de “las políticas para la negociación y renegociación de tratados de inversión ya suscritos y parámetros para futuras negociaciones de tratados bilaterales de inversión [...]”.²⁴⁸

Sin que esto sea suficiente; competencias de autoridades públicas de las que depende el pleno ejercicio de los derechos de los inversores, así como a partir de las cuales el Estado asume obligaciones, también se modifican en relación a las autoridades competentes, por ejemplo la facultad de suscribir los contratos de inversión que le corresponde al Ministro de Producción Comercio Exterior e Inversiones,²⁴⁹ la misma facultad se la reconoce a través del Decreto 252 a todas las entidades rectoras en las que se desarrolla la inversión.²⁵⁰

A su vez, es necesario revisar brevemente la estructura institucional del Comité Sectorial y el Cepai a fin de identificar otros aspectos relacionados con el rol del Estado en el objetivo de garantizar derechos y cumplir con el modelo de desarrollo. A continuación, la estructura institucional en materia de inversiones según el Copci y el Cepai.

²⁴⁴ La autoridad tributaria, aduanera así como el Banco Central son parte del Comité Sectorial, sin duda la ausencia de estas autoridades en la definición de las políticas así como en las acciones concretas a favor de las inversiones, se traducirá en la falta de una visión integral y adecuada en el fomento de la inversión.

²⁴⁵ El Dr. Edwin Vásquez, subsecretario del Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, indicó que, en la práctica el Cepai es la instancia pública que prevalece frente al Consejo Sectorial, pues es el Cepai el que efectivamente ejerce la rectoría en el ámbito de las inversiones. (Edwin Vásquez, entrevistado por la autora, 11 de diciembre de 2019).

²⁴⁶ Ecuador, *Reglamento del Copci*, art. 6, y en el *Decreto Ejecutivo 252*, art. 6.

²⁴⁷ Ecuador Cepai, *Resolución n.º 001-CAPI-2018*, art. 6.

²⁴⁸ *Ibíd.*, art. 5.

²⁴⁹ Ecuador, *Reglamento del Copci*, art. 28.

²⁵⁰ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 252*, art. 5.b.

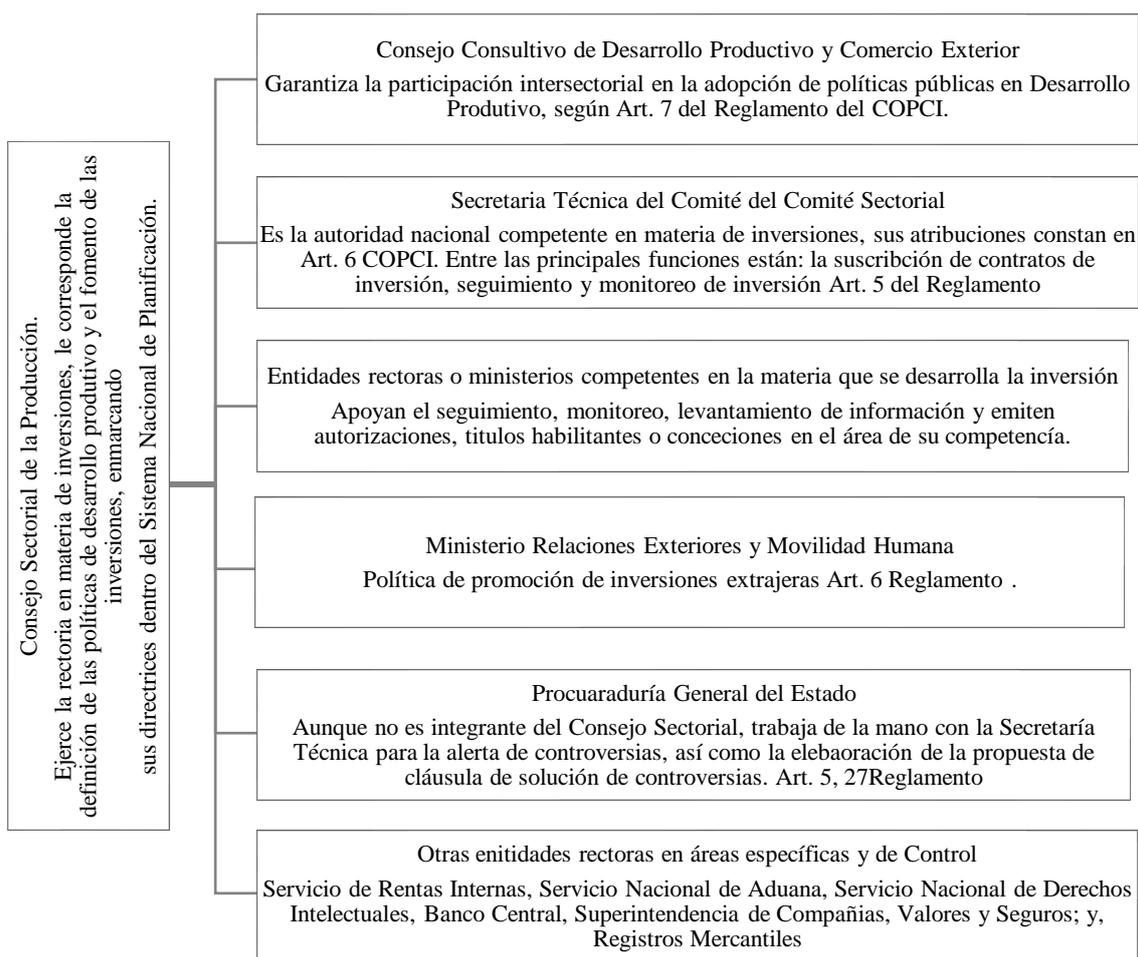


Figura 1. Estructura institucional en materia de inversiones establecida en el Copci²⁵¹

Fuente: Copci y su Reglamento.

Elaboración propia

²⁵¹ Según establece el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones - Copci, Registro Oficial 351, Suplemento, última actualización el 21 de agosto de 2018 y Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, Registro Oficial 450, última actualización 20 de diciembre de 2018. Es preciso destacar que los Decretos Ejecutivos 439 y 440 de 14 de junio de 2018 y 26 de junio de 2018, respectivamente, aún vigentes; establecieron que el nuevo Consejo Sectorial Económico y Productivo reemplaza al Consejo Sectorial de la Producción. Sin embargo, estos cambios no se hacen constar en la posterior reforma del Código de Producción, Comercio e Inversiones; y en la reforma que dio lugar al Reglamento de Inversiones del Código de Producción Comercio e Inversiones, emitidas el 21 de agosto de 2018 y 20 de diciembre de 2018, respectivamente.



Figura 2. Estructura Institucional en materia de inversiones establecida en Decreto 252252
Fuente: Decreto Ejecutivo 252.
Elaboración propia

Como fue advertido en anteriores líneas, a través del Decreto Ejecutivo 252 se crea una estructura paralela, incluso existe un conflicto de normas, contradicciones que terminan generando un caos legal e institucional. Es preciso resaltar que, de alguna manera, las autoridades se arriesgan a cumplir una función de gran envergadura sin tener una base sólida desde lo legal, pues están basando sus decisiones en un decreto que a su vez inobserva la ley; y es sin duda una competencia de trascendencia pues estamos hablando, entre otras cosas, de que los incentivos que se ofrecen a los inversionistas significan a su vez un impacto en los recursos públicos o en el Presupuesto General del Estado; razón por la que el Ministerio de Economía y Finanzas debe emitir el dictamen previo respecto a las solicitudes presentadas por la institucionalidad que autoriza y prueba

²⁵² Según establece el Decreto Ejecutivo 252, Registro Oficial 158, Suplemento, 11 de enero de 2018.

los proyectos de inversión que, como hemos visto esa función la cumple tanto el Consejo Sectorial y el Cepai.²⁵³

Añadiendo a lo antes indicado, con el Copci se crea una instancia consultiva, el Consejo Consultivo de Desarrollo Productivo y Comercio Exterior como órgano colegiado integrado por representantes del sector productivo privado, mixto, popular y solidario, trabajadores y gobiernos autónomos descentralizados, podrá proponer lineamientos técnicos para la elaboración de políticas de desarrollo productivo, inversiones asociaciones público privadas y comercio exterior, que mantiene un importante protagonismo en la toma de decisiones en la materia de inversiones según el Copci y su reglamento, no así en la normativa que regula el Cepai y su funcionamiento.²⁵⁴

Tal como se lo ha indicado, aunque no es un tema de este estudio, se ha tratado de dejar enunciadas algunas irregularidades en el proceso de construcción normativa y en la estructura institucional responsable de la promoción y fomento de las inversiones; razón por la que se recomienda un inmediato análisis de las autoridades competentes, a fin de prevenir posibles nulidades, responsabilidades políticas y/o controversias con inversores nacionales y extranjeros.

1.4 Contratos de Inversión, mecanismos de solución de controversias y otros instrumentos en materia de inversiones

1.4.1 Contratos de Inversión

La normativa ecuatoriana establece que, los contratos de inversión se dan a partir de la iniciativa del inversionista, que deben celebrarse mediante escritura pública, en la que se hará constar el tratamiento (beneficios e incentivos) que va a recibir la inversión de conformidad con lo que establece el Copci y su reglamento.²⁵⁵

La ley determina que las inversiones extranjeras tendrán incentivos legales y tributarios siempre que cumplan con criterios de transparencia, sustancia económica y los criterios y parámetros establecidos en la normativa.²⁵⁶

²⁵³ Ecuador Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones, *Instructivo para la emisión de dictámenes sobre las solicitudes del Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones (Cepai)*, Registro Oficial 408, 17 de enero de 2019. <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2019/01/registro-oficial-no408-jueves-17-de-enero-de-2019>.

²⁵⁴ Ecuador, *Copci*, art. 7.

²⁵⁵ *Ibíd.*, art. 25.

²⁵⁶ *Ibíd.*, art. 14.

Según establece el Reglamento de Inversiones del Copci del año 2019, los inversionistas que podrán suscribir contratos de inversión en cualquier momento, y en forma opcional, son:

- a. Aquellos cuya inversión sea hecha en proyectos que impliquen o involucren inversiones nuevas, y,
- b. Aquellos inversionistas que prevean realizar una inversión mínima equivalente a USD 250.000,00 durante el primer año de inversión planificada.²⁵⁷

Adicionalmente, los inversionistas extranjeros podrán solicitar la suscripción de un contrato de inversión para acceder a incentivos arancelarios para la importación de bienes de capital, o deseen la incorporación de mecanismos alternativos de solución de controversias, de conformidad con los requisitos establecidos en el Copci y su Reglamento.

Los parámetros de aplicación de los incentivos son criterios objetivos sobre: 1. monto de nueva inversión, 2. condiciones de empleo que estarán regulados por las respectivas leyes o reglamentos, y por resoluciones del Cepai cuando corresponda; y, 3. porcentaje de componente nacional que están regulados por el ministerio a cargo de la política industrial.

Dichos contratos de inversión establecerán los compromisos contractuales que sean necesarios para el desarrollo de la nueva inversión,²⁵⁸ y los mecanismos de solución de controversias, que serán abordados más adelante. Los mismos que serán previamente aprobados por el ente rector de la materia en que se desarrolle la inversión. Los proyectos de inversión y autorización de la suscripción de contratos de inversión se le atribuye al Cepai.²⁵⁹ Además, se determina un plazo de vigencia de dichos contratos de hasta quince años a partir de la fecha de su celebración.²⁶⁰

Los artículos 21 y 22 del Reglamento de Inversiones del Copci se refieren al contenido de los contratos de inversión, refiriendo una expresa estabilidad de las disposiciones de estos, ya que no podrán ser modificadas unilateralmente por leyes u otras disposiciones. Entre la información que debe contener se resalta la siguiente:

²⁵⁷ Ecuador, *Reglamento del Copci*, art. 23.

²⁵⁸ Se podrán pactar incentivos y mecanismos de solución de controversias.

²⁵⁹ Ecuador, *Decreto Ejecutivo 252*, art. 3.

²⁶⁰ Ecuador, *Copci*, art. 26.

- descripción del o los inversionistas que lo suscriben, del proyecto, identificación de los montos de cada inversión, plazos, etc.;
- detalle sumario de los términos y condiciones del respectivo contrato, permiso, licencia, concesión o autorización cuando la inversión se constituya en base a uno de ellos, otorgados en virtud de una ley sectorial vigente;
- garantías y derechos del o los inversionistas; así como los compromisos y obligaciones que asumen; información sobre el registro de las inversiones;
- identificación del procedimiento para la solución de conflictos previsto en el artículo 27 del Código de la Producción;²⁶¹ y
- opciones y procedimiento de revocatoria, suspensión o terminación anticipada en caso de incumplimiento.

Es evidente que el contrato de inversión no solo contempla derechos sino también obligaciones del inversor privado nacional o extranjero, lo cual teóricamente equilibra la relación inversor-Estado sin embargo, habría que determinar el método para constatar el cumplimiento de derechos-atribuciones y compromisos-obligaciones, y así ver si efectivamente arroja resultados positivos.²⁶² Si no existe un acorde mecanismo de constatación y seguimiento respecto al cumplimiento de los compromisos, es una situación no deja ser subjetiva, lo que puede desembocar en una acción arbitraria de la autoridad competente al revocar los beneficios al inversor, o su vez una omisión de la autoridad que implica una afectación a los intereses públicos.

Además, si no existe una claridad en este tipo de parámetros, por más decisión apegada a derecho por ejemplo de revocar el beneficio, el inversor puede interpretar como un incumplimiento a lo que el contrato garantizó, y podrá activar el mecanismo de solución de controversias, viéndose el Estado sometido a un proceso totalmente ilegítimo y asumiendo un riesgo sin duda ante un tribunal arbitral.

Más allá de las obligaciones que asumen los inversionistas en el marco de un contrato de inversión, también se identifican aquellas contempladas en la normativa

²⁶¹ El art. 27 del Copci que hace mención, fue derogado; en este se reconocía las instancias locales así como mecanismos alternativos para la solución de conflictos; sin embargo en el Reglamento del Copci vigente, en su art. 27 se mantiene la posibilidad de pactar una cláusula compromisoria que establezca la mediación o el arbitraje, debiendo contarse con el visto bueno de la Procuraduría General del Estado.

²⁶² Dentro del proceso de investigación se mantuvo reuniones con funcionarios del Ministerio de Comercio Exterior e Inversiones para conocer más sobre el proceso de suscripción de contratos de inversión, sin embargo, no se transparentó información respecto al contrato contenido de un “modelo” que contenga la cláusula de solución de controversias. (Michelle Mitte, comunicación personal, 23 de septiembre de 2019).

vigente, ya sea en el Copci o su Reglamento, en las leyes especiales conforme a las áreas: laboral, ambiental, tributaria y de seguridad social;²⁶³ entre las obligaciones podemos enunciar:

- Establecer estándares de gestión corporativa;
- Cumplir con la normativa del sector de la inversión; y,
- Asumir la responsabilidad siguiendo el debido proceso administrativo o judicial, a causa de lo que esté relacionado con su desempeño, entre otras.²⁶⁴

Por otro lado, el Copci establece los principios generales en los que se fundamentan los derechos de los inversionistas extranjeros, los mismos que se enmarcan en el trato no discriminatorio, protección y garantías plenas. En este contexto, remarca que el Estado podrá otorgar tratamientos diferenciados en calidad de incentivos, los cuales serán otorgados por criterios como: sectores, ubicación geográfica, u otros parámetros. La participación de inversión extranjera en los sectores estratégicos, cumplen un rol de complementación directa, enfocada en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo y sujeta a la legislación vigente; mientras que en los demás sectores la inversión extranjera podrá participar directamente sin requerir autorización adicional a las que la inversión nacional se sujeta. Así también reitera el pleno reconocimiento y garantía al derecho de propiedad y la prohibición de toda forma de confiscación.²⁶⁵

1.4.2 Mecanismos de solución de controversias establecidos en la normativa ecuatoriana

En el marco de los mecanismos de solución de controversias el Copci fue reformado en el año 2018, a través de Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, disponiendo como obligación del Estado ecuatoriano, pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la normativa vigente, para la solución de conflictos en el marco de los contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América.²⁶⁶

²⁶³ Ecuador, *Copci*, art. 21

²⁶⁴ Ecuador, *Reglamento de Inversiones del Copci*, art. 35

²⁶⁵ Ecuador, *Copci*, art. 17-9

²⁶⁶ *Ibíd.*, art. innumerado agregado por el art. 37 de la Ley No. 0, Registro Oficial Suplemento 309, 21 de agosto de 2018.

Complementariamente a la disposición anterior, la reforma al Copci remarca y adiciona que, en caso de que se pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión establezca que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta mediante arbitraje quedando a elección del reclamante escoger entre las siguientes reglas:

- (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA);
- (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o,
- (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (en adelante, CIAC).²⁶⁷

Es preciso destacar que, mediante la mencionada reforma del año 2018 se elimina el artículo 27 que establecía la solución de posibles controversias en contratos de inversión con inversionistas extranjeros a través de varios mecanismos:

- (i) En primera instancia agotar la vía administrativa,
- (ii) Mecanismos amistosos como diálogos directos o negociaciones directas,
- (iii) Mediación como instancia obligatoria,

En caso de subsistir el conflicto se planteaba adicionalmente dos alternativas:

- (i) Arbitraje nacional o internacional de conformidad con los tratados vigentes de los que el Ecuador forma parte; especificando que la legislación aplicable para el tribunal arbitral debía ser la legislación ecuatoriana, y la determinación del carácter definitivo y obligatorio de los laudos, excluía los asuntos tributarios a instancias de arbitraje.
- (ii) En caso de no haberse sometido a arbitraje, planteaba en que la parte afectada podía someter la controversia a la justicia ordinaria nacional.

No obstante de lo descrito en líneas anteriores, respecto al caos normativo e institucional generado a partir de las reformas a las leyes y reglamentos en materia de inversión, llama la atención que mientras en la reforma al Copci (2018) según dejamos anotado donde el legislador impone el arbitraje nacional o internacional;²⁶⁸ la reforma al Reglamento de Inversiones del Copci (2018) establece que se podrá pactar medios alternativos de solución de controversias y ejemplariza a la mediación y el arbitraje como mecanismos válidos para solucionar las controversias inversor-Estado; resaltando que la cláusula compromisoria deberá considerar las disposiciones de la Constitución, la Ley de

²⁶⁷ *Ibíd.*

Mediación y Arbitraje, así como los acuerdos internacionales ratificados por el Ecuador, para lo cual se requerirá la aprobación de la Procuraduría General del Estado para su aprobación. Cabe anotar que, si bien la ley vigente determina la obligación para el Estado ecuatoriano de pactar arbitraje; sin embargo, al momento de negociar un contrato de inversión, en el acuerdo entre las partes se podría establecer adicionalmente como mecanismos opcionales y previos al arbitraje, a aquellos voluntarios como la mediación.²⁶⁹

Respecto al foro, a diferencia de lo que plantea en el Copci; en su Reglamento se establece:

1. Para el caso de arbitraje nacional se establece ciertos requisitos del centro: a) un centro de arbitraje de al menos 10 años de existencia; y, b) que posea notable experiencia. Adicionalmente se dispone que se fundamentará en un arbitraje en derecho, y el tribunal se conformará por tres árbitros.
2. Para el caso de arbitraje internacional, no se identifican foros en específico, sin embargo, se refiere a que los laudos tienen los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que aquellos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.²⁷⁰

En la línea de las sanciones a los inversionistas por incumplimiento de los compromisos establecidos en el contrato de inversión, se establece igualmente en la reforma al Reglamento del 2018, las causales que ocasionarían la revocatoria o pérdida de los incentivos otorgados al inversionista,²⁷¹ en cuyo caso dará derecho para que el Estado disponga el cobro de los tributos que se dejaron de percibir por efecto de la aplicación de los beneficios fiscales, sin perjuicio de las acciones civiles y penales a que hubiere lugar. La revocatoria prevista será dispuesta mediante resolución motivada del Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones Cepai, el inversionista

²⁶⁹ En entrevista con la Directora Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado, María Gabriela Muñoz, se abordó esta temática resaltando que sería voluntad de las partes establecer a más del arbitraje, otros MASC o mecanismos amistosos y voluntarios como opcionales para resolver las controversias. (María Gabriela Muñoz, entrevistada por la autora, 18 de diciembre de 2019).

Dentro de la investigación se solicitó información al Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca, sobre los mecanismos establecidos en los contratos de inversión suscritos a partir de la última reforma al Copci, sin embargo, no se entregó dicha información, a pesar de ser la instancia responsable de llevar un registro de cada uno de los contratos de inversión suscritos.

²⁷⁰ Ecuador, *Reglamento de Inversiones del Copci*, art. 27.

²⁷¹ Se establece que el incumplimiento de compromisos puede llevar a la pérdida de los incentivos otorgándole 15 días al inversionista para la presentación de justificaciones, en caso que el inversionista no presente sus respaldos ocasionará la pérdida del derecho a la estabilidad tributaria.

podrá apelar judicialmente las decisiones que le afecten siguiendo los procedimientos legales correspondientes.²⁷²

Así también la Ley de Fomento Productivo, Atracción de Inversiones Generación de Empleo en su disposición Derogatoria Segunda reformó el Código Orgánico General de Procesos respecto de la homologación de sentencia, laudos y actas de mediación extranjeras. Con esta reforma, el laudo arbitral de entre las decisiones extranjeras ya no requerirá ser homologado en el Ecuador,²⁷³ en tal virtud, quedan sujetas a homologación según el Cogep, exclusivamente las sentencias y las actas de mediación en instancias extranjeras; no obstante la reforma es incongruente y no toma en cuenta el artículo 363 numeral 5 del mismo Código que mantiene como títulos de ejecución: la sentencia, el laudo arbitral o el acta de mediación expedidos en el extranjero, homologados conforme con las reglas de dicho Código.

Es necesario reiterar que, frente a la falta de claridad en la norma tanto del Copci, su reglamento así como el Decreto Ejecutivo 252 y 439, la institucionalidad paralela que se ha instaurado, la duplicidad de funciones entre las autoridades, se genera un atentado a la seguridad jurídica, al principio de legalidad, de eficiencia en la administración pública y una afectación directa a los derechos de los inversores y a la proyección de una imagen positiva para nuevas inversiones; razón por la que resulta imperioso impulsar una revisión integral y una reforma donde prevalezcan los objetivos de desarrollo tal como lo manda la Constitución y la garantía de derechos conforme a nuestro modelo de Estado de derechos y justicia, en tal razón que sea la academia, los sectores involucrados y las autoridades competentes los que impulsen este necesario cambio para el bien del Ecuador.²⁷⁴

²⁷² Ecuador, *Copci*, art. 32.

²⁷³ Reforma contemplada a los artículos 102 al 106 del Cogep.

²⁷⁴ Esteban Melo, asambleísta integrante de la Comisión Legislativa de Régimen de Desarrollo, señala que la Ley de atracción de inversiones, conocida en el debate político como la Ley Trole 3, adolece de inconsistencias e inconstitucionalidades pues inobserva la Constitución específicamente el art. 422 en lo que tiene que ver con arbitraje internacional. (Esteban Melo, entrevistado por la autora, 18 de diciembre de 2019).

2. Alternativas jurídicas, procedimentales e institucionales para el Ecuador en la solución de controversias en materia de inversión extranjera, en el marco de la negociación de los nuevos acuerdos de inversión

Tomando como base las alternativas para la solución de controversias en el marco de las políticas de inversión para el desarrollo sostenible propuestas por la Unctad y las tendencias en los nuevos acuerdos de inversión dentro de los casos de estudio, que fueron analizadas en el Capítulo dos; y a su vez, considerando lo contemplado en el ordenamiento jurídico vigente, así como la situación en la que se encuentra el país luego de haber denunciado los TBI²⁷⁵ y el Convenio del Ciadi, que van de la mano con los resultados de la Caitisa, además tomando en consideración el modelo de Convenio para la promoción de inversiones para el desarrollo (CID), es preciso plantear las alternativas que podrán servir al país como base para la cláusula de solución de controversias en el proceso de negociación de nuevos acuerdos internacionales en materia de inversión o contratos de inversión.

A pesar de que existe una serie de mecanismos de solución de controversias que se utilizan en materia de inversiones a nivel global; en nuestro país el debate se ha concentrado en relación al arbitraje internacional, existiendo posturas que lejos de ver con objetividad la problemática se inclinan por aspectos de forma, como el lugar en donde se desarrolla el arbitraje, empero en lo que realmente Ecuador y en general los Estados deben preocuparse es por las reglas de la solución de controversias, el derecho aplicable, la solución de controversias, los derechos y obligaciones de las partes y en general, por el contenido de los tratados o convenios que en materia de inversiones lleguen a suscribirlo.

A continuación, se plantearán las opciones que el Ecuador tiene en relación a la solución de controversias en materia de inversión, a partir del estudio y análisis realizado en los capítulos precedentes:

- Alternativas en la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera, que resultarían útiles como punto de partida para el proceso de negociación de nuevos acuerdos de inversión.
- Propuesta de contenido de la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera.

²⁷⁵ Luego de denunciados los TBI, muchos de ellos se mantienen vigentes por la cláusula de supervivencia que puede ir de 5 hasta 20 años posterior a la denuncia, por ejemplo: en el caso de Gran Bretaña son 20 años de supervivencia posterior a la denuncia.

- Lineamientos jurídicos a incluir en los contratos de inversión y tratamiento normativo de sectores estratégicos.
- Las alternativas planteadas en el marco de la solución de controversias en materia de inversión extranjera como respuesta a la problemática del sistema de arbitraje internacional.

La renegociación de los acuerdos de inversión debería enfocarse “con el propósito de racionalizar las condiciones y tratamientos previstos sobre la base de los intereses y expectativas del Estado sobre la inversión extranjera, apuntando hacia equilibrar los derechos de los inversionistas con el interés público y las expectativas para el favorecimiento de una interacción positiva con el interés privado, el bienestar general y el desarrollo nacional”.²⁷⁶

2.1 Alternativas en la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera, que resultarían útiles como punto de partida para el proceso de negociación de nuevos acuerdos de inversión

En el marco de la presente investigación, guardando concordancia con los hallazgos que se enfocan en el desarrollo sostenible y el equilibrio en la relación inversor-Estado, a continuación se delinearán algunas alternativas generales para la cláusula de solución de controversias en inversiones extranjeras.

2.1.1 Alcance de las controversias

El Ecuador en ejercicio de su tratamiento diferenciado en relación a los sectores estratégicos, así como a los servicios públicos, debería abordar el alcance de las controversias a partir de un enfoque diferenciado, tanto por el tipo y ámbito de las controversias.

Delimitar el alcance de las controversias de ciertas temáticas por ser consideradas áreas sensibles como es el caso de los sectores estratégicos, estableciendo ciertos parámetros específicos en la solución de controversias, por ejemplo: garantizar el acceso

²⁷⁶ Gustavo Guerra Bello, “La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador” (tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 95, <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>.

al arbitraje en los casos de controversias en los sectores estratégicos sobre la base del contenido de un contrato de inversión.

Además, se debe especificar un plazo de tiempo contado desde que el inversor debió haber tenido conocimiento de la presunta violación o desde el cual la inversión incurrió en pérdidas o daños a fin de que la controversia proceda a ser conocida y resuelta bajo un mecanismo de solución en específico. Por esta razón, se podría definir un límite de tiempo correspondiente para cada tipo de mecanismo que se plantee.²⁷⁷

Otro de los aspectos fundamentales para el Estado ecuatoriano, como parte de las alternativas presentadas por la Unctad, es establecer limitaciones de acceso a los mecanismos de solución de controversias inversor-Estado bajo ciertas condicionalidades, por ejemplo cuando se trata de una inversión que utiliza empresas ficticias y no realizan ninguna operación económica-productiva real en el Estado de origen,²⁷⁸ o cuando se trata de inversionistas involucrados con actos de corrupción.

2.1.2 Mecanismos de solución de controversias

Es importante que el Estado ecuatoriano se proyecte a mantener y fortalecer la relación con los inversionistas, mediante una propuesta sólida que otorgue garantías equilibradas para las partes. La Unctad destaca el impulso de mecanismos de solución de controversias en instancias locales, la utilización de los MASC, incluso el establecimiento de mecanismos de prevención de disputas.

Se pueden diferenciar mecanismos de solución de controversias secuenciales o que puedan ser activados a elección, iniciando por los procesos amistosos; métodos donde participa un tercero como facilitador del diálogo, para luego seguir con instancias nacionales administrativas y/o judiciales; y finalmente tener las instancias de arbitraje interestatal o arbitraje inversionista-Estado.

Vale recalcar que el Ecuador mantiene y reconoce los métodos alternativos de solución de controversias como el arbitraje, la mediación, etc., con el requisito de que sean utilizados en materias transigibles y conforme a la ley. El Estado debe asumir la responsabilidad de promover y garantizar el acceso a los métodos voluntarios y amistosos

²⁷⁷ Recordemos que todos los casos de estudio mantuvieron esta delimitación, ya que no se establece de forma generalizada la apertura para activar un mecanismo de solución de controversias sino que se definen ciertas limitaciones que resultan necesarias.

²⁷⁸ Este tipo de medidas desincentivan prácticas que implican una competencia desleal.

como la consulta y negociación,²⁷⁹ métodos que no solo solucionan las controversias sino que también evitan que estas escalen; de igual manera utilizar los buenos oficios, la conciliación o la mediación a sabiendas que esta última es un mecanismo útil y eficaz, pues de llegar a un acuerdo se termina el conflicto y al suscribir un acta de mediación dicho acuerdo es exigible y ejecutable ya que tiene la misma naturaleza de una sentencia ejecutoriada con efectos de cosa juzgada conforme a nuestro ordenamiento jurídico.

Es importante tomar como referencia la obligatoriedad de acudir a consultas y negociaciones directas tal como lo establece el Acuerdo Perú-Brasil reconociéndolos como mecanismos previos al arbitraje Estado-Estado; esta obligatoriedad podría plantearse previo a acudir al arbitraje inversor-Estado. Además, es importante reconocer como una buena práctica de Brasil, pero que hoy en día está presente en una serie de acuerdos, la conformación un comité conjunto integrado por ambas partes estatales, que sea un facilitador para la solución de las controversias.²⁸⁰

En lo referente al agotamiento de las instancias nacionales, podría ser considerada una regla obligatoria para sectores especiales como los sectores estratégicos y opcional para otros sectores, cuando se trate de controversias que se planteen sobre la base de un acuerdo internacional de inversiones.

Como una de las alternativas al arbitraje inversor-Estado la Unctad establece al arbitraje Estado-Estado, que pueden ser desarrollados en foros ad-hoc o foros institucionales y que podría ser una alternativa que sustituya al arbitraje inversor-Estado tal como lo han planteado Canadá-Estados, Uruguay- Japón como mecanismo alternativo y Brasil como único mecanismo para todas sus contrapartes.

Un mayor protagonismo de las partes en la interpretación de las disposiciones del acuerdo, es una constante en todos los casos estudiados y en los cambios en materia procesal contemplados por la Unctad, cuya importancia radica en que no solo sirve para que el tribunal arbitral sepa a qué sujetarse conforme a la interpretación de las partes sino también que los inversores tengan claridad respecto al contenido del acuerdo, ya que propicia una mayor coordinación entre las partes y una atención oportuna a las consultas que se presenten. En los casos estudiados se establece que, a través de la figura de una

²⁷⁹ El Acuerdo Argentina-Chile también se establece en primera instancia a las consultas y negociaciones, las consultas incorporan la posible reparación de daños con eso motiva para que el inversor no busque otro mecanismo. De igual forma incorpora a la mediación de forma expresa, dotándole de facilidades en cuanto a su aplicación pues se puede recurrir en cualquier momento.

²⁸⁰ En el acuerdo Perú-Brasil se garantiza una participación directa de los involucrados. Se establece que a las reuniones del comité podrán acudir los representantes de los inversionistas afectados y los delegados de las entidades gubernamentales relacionadas al caso.

comisión administradora del acuerdo, un comité conjunto y otras similares, se cumplen estas facultades interpretativas.

El Estado ecuatoriano debe acoger también las recomendaciones respecto al establecimiento de los mecanismos de prevención de disputas a través del *ombudsman* o también conocidos como defensores de la inversión, o inclusive mediante la cooperación a través de oficinas de promoción de inversión que además se encarguen del seguimiento y monitoreo tanto de los acuerdos y/o contratos, cuanto de la correcta aplicación de incentivos o beneficios pactados con el inversor.

En materia procesal en el marco del mecanismo de arbitraje y en general en otros mecanismos, se debe garantizar la transparencia como eje transversal en los procesos a través del acceso público a documentos arbitrales y la participación de las partes no contendientes interesadas en el proceso, etc. Las nuevas tendencias muestran que se garantiza la participación de actores no contendientes a través del *amicus curiae*, la transparencia de las actuaciones arbitrales a través de audiencias abiertas al público incluso transmitidas en vivo, con un manejo específico para la información protegida; situación que guarda concordancia con la norma constitucional, en donde se garantiza la participación ciudadana y de pueblos y nacionalidades en áreas y sectores específicos.

En concordancia con lo antes mencionado, un tema fundamental para el Estado ecuatoriano es cumplir con los principios de transparencia, publicidad, rendición de cuentas y eficiencia en el cumplimiento de una política pública integral para la protección y promoción de inversiones,²⁸¹ que no solo coadyuvará a prevenir conflictos, atender de manera inmediata cualquier diferencia; sino también promoverá la confianza que necesita el sector de la inversión extranjera. Y en ese mismo sentido, se debe garantizar el acceso a la información pública, la atención oportuna a cualquier tipo de inquietud que tengan los ciudadanos en general o los inversores respecto de las decisiones políticas, administrativas, legislativas que tengan relación o impacto con el acuerdo o el ámbito de las inversiones.²⁸²

²⁸¹ La Caitisa plantea la instauración de una *política integral para la protección de inversiones* en la que se definan las modalidades de las inversiones, sus garantías de protección y seguridad, a las que el país se compromete en medida del cumplimiento de los requisitos de desempeño. En Ecuador Caitisa, “Informe Ejecutivo”, 107.

²⁸² Este compromiso está contenido en Acuerdo Uruguay-Japón y Perú-Brasil. Además, en el de Uruguay-Japón se plantea algo sumamente interesante que transparenta la gestión pública y el debate entre diversos actores, a través de establecer la posibilidad de realizar comentarios públicos sobre la aprobación, reforma o derogación de cualquier norma que tenga relación con la inversión.

Otro de los temas que es una constante vigente en los acuerdos o tratados de inversión es desarrollar parámetros dirigidos a fortalecer la independencia e imparcialidad de los árbitros y todos quienes ejercen como terceros imparciales, ya sean: mediadores, conciliadores, etc., a través de requisitos específicos para el ejercicio de su función, evitar que las partes y los árbitros mantengan nexos, establecer un código de conducta,²⁸³ abrir la posibilidad de recusar a los árbitros en instancias independientes.²⁸⁴

En consonancia con lo promovido por la Unctad, las demandas evidentemente injustificadas o conocidas también como frívolas deben ser abordadas a través de mecanismos sumarios e incluso desestimadas sin mayor trámite. De igual manera, acoger la propuesta de limitar los costos de los arbitrajes, estableciendo honorarios razonables y distribución equitativa de los costos entre las partes.

2.1.3 Derecho aplicable a la solución de controversias

Una constante en todos los acuerdos es mantener un orden de prelación en cuanto al derecho aplicable a una controversia, de tal forma que el Estado ecuatoriano debe hacer el mayor esfuerzo en la construcción de los acuerdos o contratos, a fin de que no exista discrecionalidad absoluta en el momento de determinar la norma aplicable. En los casos de estudio, no existió coincidencia plena, empero todos partieron de que el acuerdo – tratado o contrato de inversión es la primera norma que debe ser referida; por otro lado, se reitera el tratamiento especial para los sectores estratégicos, respecto al derecho aplicable para el arbitraje inversor-Estado; el tribunal arbitral debe sujetarse a las normas dispuestas del acuerdo o del contrato respectivo, o aquellas que las partes acuerden; y en caso de no existir normas específicas, determinar que se aplicarán: a) la legislación del Estado receptor; y, b) las normas de derecho internacional.²⁸⁵

Por otro lado, tal como se propuso anteriormente tomando como base las tendencias de los nuevos acuerdos y la propuesta de la Unctad, el Estado ecuatoriano debe establecer un espacio de representación de ambas partes ya sea una comisión, comité u

²⁸³ En el Acuerdo Argentina-Chile se contempla un código de conducta para los árbitros; y, como norma complementaria la contenida en las directrices de la Asociación Internacional de Abogados.

²⁸⁴ Tener presente la propuesta novedosa que planteó el proyecto del convenio del Centro de la UNASUR en cuanto a la elección de los árbitros; elección que exclusivamente las partes la deben hacer así no llegasen a tener inicialmente un consenso.

²⁸⁵ Existe un tratamiento especial para las áreas estratégicas, por ejemplo, lo contemplado en el Acuerdo Uruguay-Japón.

otro similar, para que los tribunales arbitrales refieran ciertos temas sensibles a fin de que sean atendidos, preparados e interpretados de manera conjunta.

En lo que se refiere a las normas del procedimiento arbitral es conveniente elaborar disposiciones específicas como parte del contenido del acuerdo, a fin de establecer reglas claras para la interpretación de los árbitros que sean previsibles para las partes; ya que las normas establecidas en los diferentes foros pueden ser demasiado generales, por lo cual será de decisión de las partes establecer algunas reglas propias, disminuyendo de esta manera la discrecionalidad de los árbitros.

2.1.4 Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias

Los resultados positivos de los procesos voluntarios conllevan la terminación de la disputa. En caso de llegar a un acuerdo a través de la mediación a nivel local, dicho acuerdo contemplado en un acta, es exigible y ejecutable,²⁸⁶ por esa razón es importante incentivar y promover el uso de los MASC y sobre todo de la mediación, pues los inversores extranjeros e inclusive los nacionales muy probablemente desconocen estas características que hacen de la mediación un mecanismo apto para llegar a una solución amistosa y exigible, a la vez que, con este tipo de mecanismos se mantiene e inclusive se fortalece la relación inversor-Estado.

Un aspecto que dota de eficacia y exigibilidad a los resultados de conciliación o mediación, es la suscripción de un acuerdo de transacción bilateral cuando se lo realice en instancias internacionales; que podría también ser una opción factible para nuestro país.

En los casos de estudio, fue una constante que, en el laudo pueda otorgarse cualquiera o todas de las siguientes medidas: daños pecuniarios y los intereses, y /o restitución de la propiedad, o en su defecto indemnización por daños. Algo que es fundamental acoger de las alternativas de la Unctad es la exigencia de proporcionalidad de la indemnización en referencia al capital invertido por el inversor y los intereses legales; así como la proporcionalidad conforme al nivel de desarrollo de la economía del país; esta limitación por proporcionalidad debe estar contemplada en el tratado o contrato. Se sugiere descartar expresamente indemnizaciones por daños morales o punitivos.

²⁸⁶ El artículo 47 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece claramente que los efectos del acta de mediación que contenga el acuerdo de las partes, tiene efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.

Es importante que en el acuerdo se garantice el derecho a presentar recursos posteriores al laudo, entre ellos: revisión, anulación, aclaración o interpretación, cumpliendo las formalidades establecidas en los acuerdos respectivos; inclusive puede establecerse que la instancia o tribunal donde se resuelva el recurso, cumpla con parámetros de imparcialidad y eficiencia; de igual manera en el convenio o tratado de común acuerdo, puede definirse las causales para activar estos recursos. Sin descartar la posibilidad de que, cuando exista la institucionalidad y las reglas respectivas, se pueda apelar el laudo o someterse a un tribunal permanente.²⁸⁷

2.2 Propuesta del contenido de la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera

A partir de las alternativas esbozadas de forma general en líneas anteriores, se concretarán en una propuesta específica para la cláusula de solución de controversias que se enmarque en dotar al sistema de mayor transparencia, legitimidad e imparcialidad y que nuestro país podría mantener como alternativa en el marco de la negociación de nuevos acuerdos internacionales en materia de inversiones. Dicha propuesta contendría lo siguiente:

2.2.1 Alcance de las controversias

- La cláusula de solución de controversias será aplicable para todas aquellas controversias que ocurran a partir de la vigencia del Acuerdo, es decir no tiene efecto retroactivo para reclamaciones previas a vigencia de este.
- Se fija como plazo máximo de tres años para activar la mediación obligatoria a partir de que el inversor tuvo o debió haber tenido conocimiento de la presunta violación o desde el cual la inversión incurrió en pérdidas o daños; en el plazo máximo de 5 años para el inicio del arbitraje Estado-Estado.
- Las controversias que se suscitaren por el daño, afectación o pérdida de la inversión provocadas exclusivamente por la violación, inobservancia o incumplimiento de las obligaciones contempladas en este Acuerdo, podrán ser

²⁸⁷ El recurso de apelación así como la posibilidad de someter una controversia a un tribunal multilateral de inversiones se lo planteado como una alternativa más en el Acuerdo Argentina – Chile.

sometidas a los mecanismos establecidos en la cláusula de mecanismos de solución de controversias.

- No podrán ser conocidas ni resueltas de acuerdo al contenido del presente instrumento, las reclamaciones que:
 - a. Vayan contra los derechos de la naturaleza, el derecho a la salud y los derechos humanos; o,
 - b. Cuya inversión o sus inversores estén vinculados en actos de corrupción o tengan sentencia ejecutoriada; o,
 - c. Cuya inversión se haya beneficiado de una empresa ficticia y no realice ninguna operación económica productiva en el Estado de origen.

La relevancia de alcanzar un equilibrio en los derechos y obligaciones de las partes también viene dada bajo la consideración de que “se podría prever un sistema de reservas como medio de facilitar la protección de intereses estratégicos, asegurando un equilibrio apropiado entre los derechos y obligaciones de los inversores y los países receptores, procurando el avenimiento de compromisos específicos y recíprocos, con el propósito de ampliar los beneficios y las garantías que se pretendan incorporar en sus disposiciones, sin que el Estado ecuatoriano, en la medida de lo posible, se exponga a restricciones o condicionamientos de difícil cumplimiento o repercusiones administrativas complejas”.²⁸⁸

Será deber de los Estados parte delimitar el alcance de las controversias que se susciten en áreas sensibles o trascendentales como en el caso de los sectores estratégicos, estableciendo un tratamiento especial y diferenciado por la naturaleza misma de estos sectores.

2.2.2 Mecanismos de solución de controversias

2.2.2.1 Mecanismos Estado-Estado

1. En las diferencias relacionadas a la interpretación o aplicación del acuerdo que, en el plazo de seis meses, no hayan sido resueltas por el Comité Conjunto

²⁸⁸ Gustavo Guerra Bello, “La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador” (tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2008), 96, <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>.

a través de consultas, conciliación, mediación o buenos oficios, cualquiera de los Estados parte podrá acudir a instancia arbitral.

2. El tribunal arbitral en el marco de los mecanismos Estado-Estado se conformará de la misma forma que aquel determinado en este Acuerdo, respecto a los mecanismos inversor-Estado.
3. El tribunal arbitral tomará sus decisiones sobre la base del contenido de este Acuerdo y del Derecho Internacional.
4. Se garantiza a las partes el recurso de aclaración y/o ampliación del laudo, que deberá ser resuelto dentro de los treinta días a partir de haber presentado el o los recursos.
5. Este tipo de arbitraje se podrá desarrollar ante un tribunal ad hoc conforme a las reglas establecidas en este Acuerdo, en lo que no esté previsto, las partes o el tribunal, se guiarán sobre lo establecido en la Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

2.2.2.2 Mecanismos Inversor-Estado

Para las controversias que se presenten en el marco del presente Acuerdo se establecen los siguientes mecanismos inversor-Estado:

1. En cualquier tipo de controversia procederá en primera instancia y de manera opcional, el diálogo directo y negociaciones de las partes con el apoyo del Comité Conjunto, con una duración máxima de tres meses a no ser que, de mutuo acuerdo, se establezca una extensión del plazo en cada caso particular.
2. De no llegar a una solución en la controversia inversor-Estado o en caso de no llevar a cabo estos mecanismos amistosos, se establece la iniciación del proceso de mediación, con carácter obligatorio.
3. En caso de no llegar a un acuerdo a través de un proceso de mediación, el inversor podrá acudir a tribunales locales del Estado receptor (administrativos o judiciales); o a su vez acudir a instancia arbitral conforme a las reglas de este acuerdo y siempre que no se trate de una inversión en sectores estratégicos. La elección de la instancia será definitiva y excluyente.
4. Respecto a las controversias de inversiones en sectores estratégicos que no hayan sido resueltas a través de la mediación, el inversor podrá iniciar acciones en instancias locales tanto administrativas o judiciales del Estado receptor. En caso de haber transcurrido al menos tres años contados a partir

del inicio del proceso en instancia nacional sin haber obtenido resultado alguno a través de una sentencia o resolución, el inversor podrá someter en instancia arbitral, nacional o internacional, su controversia.

5. En caso de que la controversia no fuera resuelta a través de mediación, o en el ámbito de sectores estratégicos no hubiese obtenido resolución según el párrafo anterior, el inversor podrá someter la controversia a arbitraje en derecho, nacional o internacional, que se desarrollará conforme a las reglas siguientes:

- En el plazo de 90 días a partir de la notificación escrita del inversor con la intención de someter la controversia a la instancia arbitral, se conformará el tribunal arbitral, para lo cual cada parte designará un árbitro. Una vez nombrados los dos árbitros, estos designarán, de común acuerdo, al árbitro que cumplirá la función de presidente del tribunal. Sin embargo, en caso que, dentro de dicho plazo de 90 días no se llegare a conformar el tribunal, las partes tendrán dos opciones para designar a los árbitros faltantes, tomando como base una lista previamente determinada por las partes o de una lista que pueda ser facilitada por el foro elegido:
 - ✓ A través de un proceso de sorteo; o
 - ✓ Del listado de cinco candidatos, cada parte elegirá tres estableciendo un orden de preferencia, quedando como elegido o elegidos los que, guardando coincidencia entre las partes, hayan obtenido mayor apoyo.
- Los árbitros deberán cumplir con:
 - ✓ Experiencia y conocimiento en derecho internacional público y/o privado y en materia inversiones;
 - ✓ Independencia e imparcialidad. Los árbitros estarán impedidos dentro del proceso a seguir instrucciones de cualquiera de las partes; y no podrán cumplir con esta función, aquellos árbitros que hayan mantenido nexos.
 - ✓ Las partes contratantes podrán elaborar un código de conducta que rijan el accionar de los árbitros; a falta de este, el tribunal arbitral se guiará por las Directrices de la Asociación Internacional de Abogado sobre conflictos de interés en Arbitraje Internacional y por los instrumentos vigentes sobre la materia, en el marco de la Organización Mundial del Comercio.
 - ✓ Las impugnaciones a los árbitros estarán sujetas a lo contemplado en el Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI. En caso de existir una violación a los principios de independencia e imparcialidad, a normas de conducta existentes en

el marco del Acuerdo, respecto al ejercicio de su función como árbitros, estos podrán ser recusados por cualquiera de las partes.

- Los honorarios de los árbitros, así como las costas procesales, serán fijados de forma razonable.
- La transparencia se garantizará de forma transversal por las partes y el tribunal arbitral, así como el acceso público a documentos arbitrales a excepción de información considerada legalmente como reservada. Se fomentará la participación de las partes no contendientes interesadas en el proceso a través del *amicus curiae*. Se promoverán actuaciones arbitrales a través de audiencias abiertas al público incluso podrán ser transmitidas en vivo.

2.2.2.3 Derecho aplicable a la solución de controversias

El contenido del Acuerdo es la primera norma que debe ser aplicada por el tercero imparcial, mediador o tribunal arbitral. En caso de no existir normas específicas; en orden de prelación se aplicará:

- a) la legislación del Estado en el que se realizó la inversión; y,
- b) las normas de Derecho Internacional que le sean aplicables al caso.

2.2.2.4 Naturaleza y alcance de los resultados de los mecanismos de solución de controversias

- Los resultados y acuerdos a los que lleguen las partes dentro de un proceso de conciliación o mediación, podrán ser determinados en un acuerdo de transacción bilateral cuando se lo realice en instancias internacionales.
- El acuerdo al que se llegue a través de un proceso de mediación realizado a nivel local (Ecuador), será exigible y ejecutable, con efecto de sentencia ejecutoriada y cosa juzgada.
- El laudo arbitral será obligatorio para ambas partes, deberá guardar proporcionalidad en relación al capital invertido, los intereses legales y al nivel de desarrollo de la economía del país. Podrá contener las siguientes medidas:
 - La determinación de daños pecuniarios y los intereses, y /o
 - La restitución de la propiedad, o en su defecto indemnización por daños.

- Así mismo, el laudo podrá contener la determinación de las costas y honorarios que sean razonables. Se descartan las indemnizaciones por daños morales o punitivos.
- El laudo arbitral podrá ser sometido a recursos tales como: revisión, anulación y aclaración. No se descarta la posibilidad de desarrollar el recurso de apelación, cuando exista la institucionalidad y la reglamentación lo permita.

2.2.2.5 Mecanismos que fortalecen la relación inversor-Estado y previenen controversias

2.2.2.5.1 Creación del Comité Conjunto

En el marco de este convenio y como una obligación de los Estados parte, se conformará un Comité Conjunto integrado por delegados de ambas partes estatales, que entre otras facultades tendrá:

- Cumplirá el rol de ser un facilitador en la solución de las controversias apoyando la realización de diálogos directos o procesos de negociación.
- Interpretará aquellas disposiciones del acuerdo cuyo contenido adolece de falta de claridad. Esta interpretación se lo hará a petición de una o ambas partes, del inversor de uno de los estados parte; o, de tercero neutral, tribunal arbitral o autoridad competente encargada de la solución a la controversia.

2.2.2.5.2 Mecanismos de prevención

- Los Estados parte deberán nombrar en cada uno de sus territorios a quienes van a ejercer como defensores de la inversión además establecerán Oficinas de promoción de inversión que además se encarguen del seguimiento y monitoreo tanto de los acuerdos y/o contratos, cuanto de la correcta aplicación de incentivos o beneficios pactados con el inversor.
- Es deber de los Estados parte cumplir con los principios de transparencia, publicidad, rendición de cuentas y eficiencia en el cumplimiento de una política pública integral para la protección y promoción de inversiones, enfocadas a prevenir conflictos, atender oportunamente cualquier consulta o diferencia, y promover la confianza que todo inversor necesita.

- Cada Estado parte determinará la entidad responsable de garantizar el acceso a la información pública, la atención oportuna a cualquier tipo de inquietud que tengan los ciudadanos en general o los inversores respecto de las decisiones políticas, administrativas, legislativas que guarden relación o tengan impacto con el contenido del acuerdo o el desarrollo de la inversión.

2.2.2.5.3 Mecanismos para el fortalecimiento de la relación inversor-Estado y Estado-Estado

- Se reconoce las facultades del Estado en relación al cumplimiento de la normativa y de la satisfacción del interés común, las partes contratantes garantizarán que la relación inversor-Estado no podrá afectar la institucionalidad y sus obligaciones frente a los ciudadanos en el cumplimiento y avance de los derechos humanos, derechos laborales, derechos de la naturaleza, entre otros.
- Los Estados parte llevarán a cabo el seguimiento de la implementación del Acuerdo, con indicadores de impactos sociales, económicos y ambientales.
- En el marco de la cooperación entre Estados parte, este Acuerdo se configura en un compromiso de asistencia y cooperación bilateral destinado al fortalecimiento y desarrollo de capacidades institucionales; fomento de las inversiones en cada uno de los territorios, transferencia tecnológica, entre otras.

2.3 Lineamientos jurídicos a incluir en los contratos de inversión y tratamiento normativo de sectores estratégicos

Una vez analizada la situación actual de los contratos de inversión, destacando las reformas legales en materia de inversiones que, sumadas a la creación de una serie de reglamentos y decretos, tal como lo vimos en líneas anteriores, han dado lugar a una institucionalidad paralela y un caos normativo que lejos de otorgar más seguridad y confianza a las inversiones extranjeras, puede ahuyentarlas. En el presente punto se plantearán los principales lineamientos jurídicos que podrían ser incluidos en una reforma legal a la Ley de atracción de inversiones y su reglamento, y por ende que modificarían los parámetros sobre los cuales se establecen los contratos de inversión.

En concordancia con lo propuesto en el contenido de la cláusula de solución de controversias en materia de inversión extranjera, se estableció en el punto anterior, un

tratamiento específico a los sectores estratégicos, ya que sus controversias no podrán ser sometidos a arbitraje en base al acuerdo de inversiones sino solo cuando en instancia nacional no se hubiere obtenido resolución, debiendo transcurrir al menos tres años contados a partir del inicio del proceso; mientras que, el arbitraje en materia de sectores estratégicos procederá cuando se base en un contrato de inversión.

De esta forma, la propuesta aquí planteada pretende incentivar que en sectores estratégicos, el arbitraje se desarrolle sobre la base del contenido de los contratos de inversión,²⁸⁹ donde de alguna manera existe un mayor equilibrio en la relación inversor-Estado pues los compromisos no solo los asume el Estado receptor sino también el inversor, compromisos que según la Constitución deben enfocarse en los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo.

En efecto, las propuestas de modificación o reforma a la normativa legal que regula los contratos de inversión, y que responde a lo analizado a lo largo de la presente investigación, deberían contemplar lo siguiente:

1. En el marco de los mecanismos de solución de controversias en materia de inversiones, es necesario incorporar los mecanismos voluntarios, alternativos así como jurisdiccionales y no limitarse a establecer exclusivamente al arbitraje como el único mecanismo al que las partes estaría obligadas a someterse.²⁹⁰
2. Por la importancia en el fortalecimiento de la relación inversor-Estado y por la naturaleza y efectos que tiene el acuerdo al que llegaren las partes a partir de la mediación, es pertinente incorporar expresamente este mecanismo de solución de controversias. Además, es preciso que sea una instancia obligatoria, en cuanto a

²⁸⁹ Los compromisos de los partes contemplados en un contrato de inversión son más específicos y determinables que los contemplados en un acuerdo internacional de inversión. Esta situación generada a partir del contenido del contrato de inversión, le dotaría al arbitraje y en general a cualquier mecanismo de solución de controversias, de una mayor claridad en el momento de establecer soluciones a la controversia y también responsabilidades.

²⁹⁰ Esta modificación abriría el panorama respecto a los mecanismos que están a disposición de las partes para resolver las controversias en materia de inversiones. La profesora Bas Villizio mira como un retroceso que, en la legislación ecuatoriana a propósito de las últimas reformas, se haya establecido al arbitraje nacional o internacional como el mecanismo exclusivo para solucionar las controversias. En Magdalena Bas Villizio, "Ecuador ante el régimen internacional de solución de controversias inversor-Estado: historia de una marcha atrás", en *Anuario de Política Internacional y Política Exterior 2017-2018*, ed. Lincoln Bizzozero y Wilson Fernández, (Uruguay, UY: Universidad de la República – Uruguay / Ediciones Cruz del Sur, 2018), 216. https://www.researchgate.net/publication/330485527_Ecuador_ante_el_regimen_internacional_de_solucion_de_controversias_inversor_estado_historia_de_una_marcha_atras_En_Bizzozero_Lincoln_y_Fernandez_Luzuriaga_Wilson_Eds_2018_Anuario_de_politica_internaci

su realización cuestión que no debe entenderse como una obligación de llegar a un acuerdo pues este exclusivamente corresponde a las partes.²⁹¹

3. Establecer con claridad el derecho aplicable para la solución de controversias, pues con la Ley de atracción de inversiones no se determina este, dejando a decisión de los árbitros dicha determinación. Al respecto, se recomienda que en el caso de llevar adelante un proceso de arbitraje, el tribunal resuelva la controversia sobre la base del contenido del contrato de inversión así como la legislación nacional del país donde se realiza la inversión.
4. Establecer que el arbitraje siempre sea en derecho.²⁹²
5. Excluir la posibilidad de que inversores nacionales puedan demandar al Estado en instancias arbitrales internacionales, reconociendo esta garantía exclusivamente a los inversores extranjeros guardando coherencia con el régimen internacional de inversiones.
6. Con la Ley de atracción de inversiones se amplía el abanico de posibilidades de controversias inversor-Estado, pues estas no solo se basarán en el contrato sino también en la inversión para lo cual todas estas controversias podrían ser sometidas a arbitraje; lo importante es delimitar el alcance.
7. Mantener al Consejo Sectorial de la Producción (contemplado en el Copci como la única autoridad rectora en materia de inversiones, con las mismas atribuciones que ya constan en la ley; para lo cual la recomendación es derogar el Decreto Ejecutivo 252 que crea la institucionalidad paralela (Cepai) con las mismas funciones que las del Consejo Sectorial.
8. A propósito de la existencia de una institucionalidad paralela, del ejercicio de competencias de autoridades o instancias que no determina la ley, y de la falta de transparencia de los procesos, datos, indicadores, etc., es preciso realizar una auditoría de los contratos de inversión suscritos hasta la fecha.

²⁹¹ La Directora Nacional de Mediación de la Procuraduría General del Estado, María Gabriela Muñoz, resaltó la importancia de los procesos de mediación llevados a cabo por el sector público y personas privadas, pues es un mecanismo eficaz en cuanto los acuerdos a los que llegan las partes que constan en su respectiva acta, son exigibles y ejecutables. Destacó que el 61% de los casos ingresados en el Centro pertenecen al sector público lo que da cuenta que cada vez más, la mediación es un mecanismo confiable y efectivo para resolver conflictos. (María Gabriela Muñoz, comunicación personal, miércoles 18 de diciembre de 2019).

²⁹² Con la Ley de Atracción de Inversiones, se establece que solo las controversias basadas en una inversión de más de 10 millones de dólares, se pactará arbitraje en derecho, dejando abierta la posibilidad que en los demás casos se pueda pactar arbitraje en equidad.

2.4 Las alternativas planteadas en el marco de la solución de controversias en materia de inversión extranjera como respuesta a la problemática del sistema de arbitraje internacional

Para finalizar, resulta importante identificar el escenario que promueven las alternativas planteadas en relación a la problemática del sistema de arbitraje internacional. Se podría decir, que los planteamientos producto de esta investigación atienden, en gran parte, las críticas respecto a la crisis de legitimidad del arbitraje internacional inversor-Estado ya que, precisamente las alternativas establecidas en materia de solución de controversias propenden a cumplir con un enfoque acorde con el desarrollo sostenible.

Estas alternativas dan lugar a un nuevo escenario, no solo en materia de arbitraje sino en la relación inversor-Estado, siendo útiles para contrarrestar la crisis de legitimidad del arbitraje internacional y el desequilibrio en la relación inversor-Estado; ya que ciertas causas que provocan esta realidad (la falta de transparencia, de imparcialidad de los árbitros y el riesgo para el interés público), son contrarrestadas con estas nuevas alternativas, por ejemplo:

1. La crítica respecto al riesgo para el interés público considera que el sometimiento al arbitraje internacional erosiona la autonomía del Estado receptor, al reconocer la facultad de los árbitros para determinar la legalidad de los actos soberanos que incluso llega a provocar que el Estado se abstenga de ejercer sus facultades, es contrarrestada con:
 - La incorporación expresa de los MASC y mecanismos amistosos como buenos oficios, negociación directa entre otros, ha sido fundamental para dotar de mayor equilibrio la relación inversor-Estado.
 - El establecer a la mediación como una instancia obligatoria, tanto en los contratos de inversión como en los acuerdos internacionales, permite otorgar un tratamiento equitativo entre las partes que incentiva a su vez a llegar a un acuerdo.
 - Salvaguardar la potestad que tiene el Estado para regular y desarrollar políticas públicas en pro de los intereses nacionales.
 - Determinar un tratamiento específico en materia de solución de controversias para los sectores estratégicos. Abrir la posibilidad de someter a arbitraje siempre que se fundamente en un contrato de inversión, de esta forma se

incentiva una relación más equitativa entre Estado e inversor a partir de la determinación clara y específica de derechos y obligaciones que las partes asumen. Mientras que, si la demanda se basaría en un acuerdo internacional de inversión, podrá someter a arbitraje exclusivamente cuando en instancia local ha transcurrido más de tres años, sin que se haya obtenido la sentencia o resolución definitiva respecto al caso.

- Delimitar el alcance de las controversias que serán susceptibles a ser sometidas a los mecanismos establecidos en la cláusula de solución de controversias, con esto no se abre el abanico para que cualquier tema sea sometido con el amparo del acuerdo.
 - Excluir determinados temas que, de ser sometidos a la solución de controversias en materia de inversiones, podrían poner en riesgo el interés público, tales como los casos que atenten a los derechos de la naturaleza, el derecho a la salud, los derechos humanos, etc.; o, se trate de inversiones que estén vinculadas en actos de corrupción o tengan sentencia ejecutoriada; o, la inversión ha utilizado empresa ficticia y no realizó ninguna operación económica productiva en el Estado de origen.
 - El establecer claramente la norma aplicable para cualquier tipo de controversia y no dejar a la discrecionalidad del tribunal la determinación de esta. En las alternativas planteadas existe un orden tácito estableciendo en primer lugar el contenido del contrato y/o acuerdo, posteriormente la legislación nacional y finalmente los principios de derecho internacional en lo que fuera aplicable.
2. La falta de imparcialidad de los árbitros es otra de las críticas al sistema, debido al método empleado para nombrarlos, los requisitos que deben cumplir, la inmunidad de la que gozan que hace imposible impugnarlo o recurrarlo. Al respecto, algunas de las alternativas planteadas dan respuesta a esta situación:
- Establecer requisitos para seleccionar a los árbitros, relacionados a capacitación y experiencia en materia de derecho internacional así como en inversiones; que no mantenga o haya mantenido algún nexo con una de las partes contendientes.
 - El método de selección es también un aporte para garantizar la imparcialidad, tal como el sorteo o a su vez, determinar que la decisión solo podrá hacerse por las partes y no por el foro u organización relacionada con el arbitraje.

- La posibilidad de que las partes puedan crear un código de conducta y a falta de éste, los árbitros se regirán a través de normas de conducta manejadas a nivel internacional.
 - Se plantea la posibilidad de recusar a los árbitros por razones de falta de imparcialidad.
3. Dada la confidencialidad del proceso de arbitraje internacional, la falta de transparencia es una constante. Esto afecta a los procesos de rendición de cuentas, la apertura a terceros interesados y a la ciudadanía en general.
- En las alternativas planteadas se garantiza la transparencia en todo el proceso, se hacen públicas las audiencias y los documentos generados, etc.
 - Se da plena apertura al *amicus curae* para que terceros interesados puedan participar en los procesos.
 - La transparencia es un eje transversal, no solo para solucionar la controversia sino también para prevenir cualquier tipo de conflicto así como para fortalecer la relación inversor-Estado. Se establecen instancias como el Comité Conjunto, el defensor del inversionista o la oficina de promoción de inversiones que deberán cumplir con este y otros compromisos, de acuerdo a la competencia de cada uno.
4. Otra de las críticas que recibe el arbitraje internacional se basa en el desequilibrio en la relación inversor-Estado que propicia este mecanismo, ya que lo único que se somete a análisis y valoración del tribunal arbitral es el cumplimiento de las obligaciones asumidas por el Estado frente a los derechos y garantías de inversión. Es decir, existe una direccionalidad hacia proteger solo a una parte, situación que no fomenta una relación equitativa o ni una cooperación.
- Las alternativas planteadas dan una respuesta en cierta medida, a esta situación; ya que se propone la creación de mecanismos para la cooperación entre Estados parte, en el marco del fortalecimiento de capacidades institucionales, transferencia de tecnología, etc.
 - Como una forma de incentivo para establecer una relación más equitativa entre las partes en el ámbito de los sectores estratégicos, se recomienda la suscripción de contratos de inversión. Si bien estos instrumentos dotan de mayor equilibrio en tanto y en cuanto, las obligaciones y derechos están contemplados para el inversor y el Estado, de forma concatenada el arbitraje

que se base en el contrato de inversión se desarrollará contemplando un mayor equilibrio en la relación y por ende en la seguridad jurídica.

Conclusiones

A nivel global, el régimen de solución de controversias inversor-Estado muestra un proceso de análisis y cambios profundos que han sido abordados en el marco de los foros y organismos multilaterales como la Unctad, Cepal y otros; cuyos resultados plantean a los Estados, importantes políticas y estrategias orientadas a renovar las dinámicas y mecanismos de solución de controversias en materia de inversión extranjera a ser plasmados en los acuerdos y tratados internacionales.

En esta etapa de reflexión y replanteamiento, se identifica un proceso de cambio de paradigma en la relación inversor-Estado y en las prerrogativas otorgadas a árbitros internacionales que conlleva a generar mayor legitimidad, imparcialidad y transparencia del sistema de solución de controversias, reconociendo la capacidad de los Estados para plantear modelos de solución de controversias que representen un mayor equilibrio en la relación inversor-Estado, cuyos objetivos sean promover el desarrollo sostenible y la reducción del riesgo respecto al interés público.

Este proceso de cambio ha sido evidenciado en el capítulo dos, con los hallazgos obtenidos en los casos de estudio, a partir del análisis de las cláusulas de solución de controversias de los recientes acuerdos de inversión suscritos por los cinco principales socios del Ecuador en materia de inversión extranjera en el período 2013-2018: Estados Unidos, Uruguay, Canadá, Perú y Chile. El estudio comparativo de las cláusulas de solución de controversias dejó en evidencia que los recientes acuerdos presentan una tendencia hacia una relación inversor-Estado más equilibrada y contemplan novedosas regulaciones que en su mayoría guardan coincidencia con las alternativas planteadas desde la Unctad, respecto a las políticas de inversión enfocadas al desarrollo sostenible y a la proyección hacia un cambio de paradigma en las relaciones inversor-Estado,²⁹³ y que

²⁹³ Entre los aspectos más trascendentales están los siguientes: Todos los acuerdos que han sido objeto de estudio mantienen una cláusula de solución de controversias con una amplia regulación en su alcance, derecho aplicable, mecanismos de solución de controversias y efectos y naturaleza de sus resultados. Todos los acuerdos establecen un plazo de tiempo para activar los mecanismos de solución de controversias (tiempo de caducidad), se desarrollan los principios de independencia e imparcialidad de los árbitros, además se fomenta la aplicación de códigos de conducta. Se impulsa la participación de terceros interesados dentro de los procesos, a través por ejemplo de la figura *amicus curae*.

El arbitraje inversor-Estado no es la única opción que tienen las partes para solucionar sus controversias, más bien se priorizan a los mecanismos alternativos de solución de controversias.

Se contempla el agotamiento de instancias nacionales para ciertas materias. Para áreas sensibles como seguridad, salud, derechos laborales o derechos de la naturaleza, el arbitraje inversor-Estado no queda excluido de ser utilizado. Contemplan a los mecanismos de prevención de controversias y atención oportuna

pueden considerarse como instrumentos referenciales dentro del proceso de análisis y diseño de una propuesta país en el marco de negociación de nuevos acuerdos de inversión más aún, cuando sería con estos países con los que habría mayor probabilidad de concretar un acuerdo.

El capítulo tres parte de la importancia de considerar que, para la estructuración de un mecanismo de solución de controversias eficaz por parte del Estado ecuatoriano, no solo se encuentra la incidencia de las dinámicas internacionales o las recientes negociaciones de nuevos acuerdos de inversión, sino sobre todo tiene como fuente fundamental a la Constitución de la República, los compromisos internacionales de desarrollo global en el marco de la Agenda 2030 y los objetivos de desarrollo sostenible.

La coyuntura actual ha propiciado un escenario que debe ser interpretado como una oportunidad para el Ecuador a fin de propiciar procesos de negociación de acuerdos y contratos de inversión que fortalezcan el marco de solución de controversias en coherencia con su régimen de desarrollo establecido en la Carta Magna.

En el proceso de generación de un régimen de solución de controversias ecuatoriano, no se puede desconocer que el país cuenta con referentes de gran importancia; es así que a partir de una labor interinstitucional se logró construir por primera vez un modelo de convenio (Convenio para la promoción de inversiones para el desarrollo -CID), que contempla aspectos jurídicos de relevancia, que proyectan mayor legitimidad, equilibrio y transparencia en la relación inversor-Estado, elementos que guardan armonía con el marco constitucional pero también con las nuevas tendencias de desarrollo sostenible; además, existe una línea jurisprudencial de la Corte Constitucional en relación a la declaratoria de inconstitucionalidad y consecuente denuncia de los TBI; los resultados de la auditoría de la comisión ciudadana denominada Caitisa; la propuesta de implementación de un centro regional de solución de controversias a nivel de la Unasur y la suscripción del acuerdo comercial con la Unión Europea, son instrumentos y avances que impiden la improvisación de quienes van a tomar las decisiones en nombre del pueblo ecuatoriano en el marco de las negociaciones de nuevos acuerdos de inversión.

a las diferencias, con el objetivo de mantener y fortalecer las relaciones entre las partes, a través de comités conjuntos conformados por representantes estatales de las partes involucradas en la relación.

El derecho aplicable para los casos relacionados a las áreas estratégicas es la legislación nacional del país receptor, además, en los casos de arbitraje inversor-Estado se establece en la mayoría de casos el arbitraje en derecho como una forma de resguardar los intereses nacionales que estaría en riesgo frente a un arbitraje en equidad.

Sin embargo, al analizar más a fondo el régimen de solución de controversias ecuatoriano, se evidenció que las últimas reformas legales y decretos emitidos en el país no contribuyen a consolidar una normativa acorde al régimen de desarrollo plasmado en la Constitución y las nuevas tendencias en materia de solución de controversias en el marco de la inversión extranjera, menos aún un proceso reflexivo que marque un cambio en la relación inversor-Estado. En su lugar, se evidencia un retroceso significativo en los avances de los elementos jurídicos que deberían ser considerados en los mecanismos de solución de controversias, ya que propicia la continuidad de un sistema que reproduce asimetrías entre las partes, deja abierta la posibilidad de un trato inequitativo y un escenario riesgoso para el interés público; sobre todo se está instaurando un escenario de incertidumbre y una afectación directa a la seguridad jurídica.

Es así que la falta de armonía y claridad en la norma secundaria, tanto en el Copci, la Ley de Atracción de Inversiones, sus reglamentos así como los Decretos Ejecutivos 252 y 439, ha generado una institucionalidad paralela, duplicidad de funciones que de forma directa atenta contra la seguridad jurídica, el principio de legalidad, de eficiencia en la administración pública que implica una afectación a las garantías y derechos, no solo de los inversionistas sino también del interés público; así como un perjuicio a la imagen país en el ámbito internacional para la generación de nuevas inversiones positivas para el país..

En el marco de los contratos de inversión, los cuales teóricamente son instrumentos que establecen los derechos y obligaciones de las partes directamente en la materia de la inversión, la recopilación de información de campo evidenció que el legislador eliminó todas aquellas regulaciones específicas que daban claridad y transparencia al proceso de solución de controversias y que priorizaban el uso de los MASC como medios para solucionar una potencial controversia a través del diálogo y la negociación; precautelando la relación armónica inversor-Estado. Así, las últimas reformas corroboran que la determinación del derecho aplicable en el proceso de solución de controversias queda a discrecionalidad de los árbitros afectando al interés nacional.

La legislación señala de manera directa al arbitraje nacional o internacional como mecanismo de solución de controversias; limitando y coartando la libertad y el derecho de las partes para acceder a otros mecanismos como los MASC y buscar una solución amistosa al conflicto, razón por la que se pone frente a un mayor riesgo el mantener y fortalecer la relación inversor-Estado.

Frente a esta realidad, en el ámbito de esta labor investigación se han planteado alternativas que promueven un modelo de solución de controversias acorde al mandato constitucional y a las nuevas tendencias a nivel global, cuyos elementos jurídicos deben considerar los siguientes aspectos:

1. Modelo de solución de controversias que garantice el acceso a los MASC así como mecanismos jurisdiccionales internos y el arbitraje nacional o internacional.
2. La mediación como un mecanismo obligatorio para todos los casos cuyo objeto es precautelar la relación inversor-Estado.
3. Un abordaje específico para los sectores estratégicos en materia de solución de controversias, de tal forma: establecer la posibilidad de acceder al arbitraje solo cuando la controversia se fundamente en el contenido del contrato de inversión. Mientras que, si el inversor se fundamenta en el acuerdo internacional tendrá la posibilidad de impulsar cualquier mecanismo, no así el arbitraje en materia de sectores estratégicos.
4. Establecer con claridad el derecho aplicable, normas específicas sobre las cuales se dirimirá una potencial controversia, determinando como tal el contenido del contrato y/o la legislación del estado receptor.
5. Desarrollo de los principios de transparencia, independencia, imparcialidad, cooperación, entre otros, de manera transversal garantizando incluso la participación de terceros interesados.
6. Priorizar los mecanismos de prevención de controversias y monitoreo o seguimiento del cumplimiento de compromisos-obligaciones de los inversores y el Estado receptor, mediante el establecimiento de espacios de diálogo, comités administrativos u ombudsman.
7. Generar compromisos de cooperación bilateral para el fortalecimiento de la relación interestatal y el fomento de la inversión en diferentes áreas, orientándose a garantizar seguridad jurídica, intercambio de información, transferencia tecnológica, etc.

Respondiendo al tratamiento específico que el marco constitucional en su art. 313 otorga a los sectores estratégicos en cumplimiento con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia, se rescata la necesidad de considerar un tratamiento especial para la solución de controversias sobre la base de una relación más equitativa en los sectores estratégicos establecida en los contratos de inversión, y solo a

partir de estos reconocer al arbitraje nacional o internacional como mecanismo válido para la solución de controversias en materia de sectores estratégicos. Mientras que si la controversia se basa en la violación a un acuerdo o tratado bilateral de inversión, donde los derechos y obligaciones de las partes son generalmente establecidos de forma amplia y general; el arbitraje en sectores estratégicos queda excluido, de tal manera se plasmaría un incentivo para una relación más equilibrada entre inversor-Estado que también resguarde el interés nacional que cumplen los sectores estratégicos.

Sin duda el Ecuador no debe cerrar las puertas a las nuevas prácticas y tendencias internacionales que buscan un equilibrio en las relación inversor-Estado, y dan cabida a una verdadera protección y promoción de las inversiones, ofreciendo reglas claras al inversor, alternativas para solucionar pacífica y amistosamente las controversias, promoviendo a la vez la prevención de conflictos a través de una legislación e institucionalidad coherente con la norma constitucional, de una política pública eficiente y transparente que sirva para fortalecer la relación inversor-Estado y no sea manejada discrecional e improvisadamente por los tomadores de decisiones en el ámbito público.

Bibliografía

- Andina Agencia Peruana de Noticias. “Expertos aseguran que corte de arbitraje desde la Unasur es viable”. *Andina Agencia Peruana de Noticias*. 6 de octubre de 2011. <https://andina.pe/agencia/noticia-expertos-aseguran-corte-arbitraje-desde-unasur-es-viable-380915.aspx>.
- Argentina. *Acuerdo Comercial entre la República de Chile y la República de Argentina*. Boletín Oficial, Registro 27497, 10 de enero de 2019, <https://www.boletinoficial.gob.ar/detalleAviso/primera/199852/20190110?busqueda=1>.
- Arroyo, Alberto, y Luciana Ghiotto. “Brasil y la nueva generación de Acuerdos de Cooperación y Facilitación de Inversiones: un análisis del Tratado con México”. *Relaciones Internacionales*, n.º 52 (2017): 39-54. ISSN1515-3371.
- Ávila Santamaría, Ramiro. *La Constitución del 2008 en el contexto andino*. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Banco Central del Ecuador. “Inversión extranjera directa por país de origen”. *Banco Central del Ecuador*, 2018. <https://www.bce.fin.ec/index.php/component/k2/item/298-inversi3n-extranjera-directa>.
- Banco Mundial. *Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales y nacionales de otros Estados: Convenio del Ciadi*. 14 de octubre de 1966. <https://icsid.worldbank.org/en/Documents/icsiddocs//ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>
- _____. *Reglamento del Mecanismo Complementario del Ciadi*. 1 de enero de 2003. CIADI/11/Rev. <https://icsid.worldbank.org/sp/Pages/resources/ICSID-Additional-Facility-Rules.aspx>.
- Bas Vilizzio, Magdalena. *América del Sur ante los tratados bilaterales de inversión: ¿hacia un retorno del Estado en la solución de controversias?*. Montevideo: Biblioteca Plural, Comisión Sectorial de Investigación Científica-Universidad de la República, 2017.

- _____. “Régimen de solución de controversias inversor-Estados: ¿resistencias del modelo relacional en un marco institucional de las relaciones internacionales?”. *Relaciones Internacionales* 27, n.º 54 (2018): 163-78. doi: 10.24215/23142766e032.
- _____. “Solución de controversias en los tratados bilaterales de inversión: mapa de situación en América del Sur”. *Revista de la Secretaría del Tribunal Permanente de Revisión* 3, n.º 5 (2015): 233-54, doi: <http://dx.doi.org/10.16890/rstpr.a3.n5.233>.
- Cámara de Comercio Internacional. “Reglamento de Arbitraje de la CCI”. *Cámara de Comercio Internacional*. 1 de marzo de 2017. <http://www.iccspain.org/wp-content/uploads/2017/03/ICC-880-0-SPA-Reglamento-Arbitraje-Reg-Mediación.pdf>.
- Centro de Comercio Internacional. *Instituto de Arbitraje de la Cámara de Comercio de Estocolmo*. 1 de marzo de 2017. <https://www.intracen.org/Instituto-de-Arbitraje-de-la-Camara-de-Comercio-de-Estocolmo/>.
- Corte de Arbitraje Internacional de Londres. *Reglamento de la Corte de Arbitraje Internacional de Londres*. 1 de enero 1998. <http://www.ohadac.com/legislations/47/reglamento-de-la-corte-de-arbitraje-internacional-de-londres-lcia.html?lang=es>.
- Corte Permanente de Arbitraje. *Reglamento de Arbitraje de la CPA*. 17 de diciembre de 2012. <https://pca-cpa.org/wp-content/uploads/sites/175/2015/11/Reglamento-de-Arbitraje-de-la-CPA-2012.pdf>.
- Cuestas, Edgard. “Brasil y los recientes Acuerdos de Cooperación y Facilitación de las Inversiones: ¿un resurgimiento de la protección diplomática?”. *Debate Global*. 20 de diciembre de 2015. <https://debateglobal.wordpress.com/2015/12/20/brasil-y-los-recientes-acuerdos-de-cooperacion-y-facilitacion-de-las-inversiones-un-resurgimiento-de-la-proteccion-diplomatica/>.
- Chile Cepal. “Opciones para la Convergencia entre la Alianza del Pacífico y el Mercado Común del Sur”. *Comisión Económica para América Latina y el Caribe*. 2017. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/42176-opciones-la-convergencia-la-alianza-pacifico-mercado-comun-sur-mercosur-la>.
- Cruz, Oscar, y Carlos Reyes. “El T-MEC/USMCA: solución de controversias, remedios comerciales e inversiones”. *Instituto de Investigaciones Jurídicas, Opiniones Técnicas sobre Temas de Relevancia Nacional*, n.º 1 (2018): 9-57. <http://ru.juridicas.unam.mx/xmlui/handle/123456789/14020>.

- De La Muela, Adolfo Miaja. “Aspectos jurídicos de las diferencias entre Estados y personas privadas extranjeras”. *Revista Española de Derecho Internacional* 22, n.º 1 (1969): 6-45.
- Ecuador. *Acuerdo de Comercio Ecuador, Colombia y Perú - Unión Europea*. Registro Oficial Edición especial 780, 24 de noviembre de 2016. http://www.sice.oas.org/Trade/COL_PER_EU_FTA/Index_new_PDF_s.asp.
- _____. Asamblea Nacional. “Informe de la Comisión de Soberanía, Integración, Relaciones Internacional y Seguridad Integral – Denuncia del Tratado Ecuador-Alemania”. *Asamblea Nacional*. 2010. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/tratados-instrumento-internacionales-2009-2013?created=&title=denuncia>.
- _____. Asamblea Nacional. “Pleno de la Asamblea aprueba que Ecuador deje la Unión de Naciones Suramericanas”. *Asamblea Nacional*. 2019. <https://www.asambleanacional.gob.ec/es/noticia/63129-pleno-de-la-asamblea-aprueba-que-ecuador-deje-la-union>.
- _____. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones Copci*. Registro Oficial Suplemento 351, 29 de diciembre de 2019.
- _____. Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en materia de Inversiones. *Auditoría integral ciudadana de los tratados de protección recíproca de inversiones y del sistema de arbitraje en materia de inversiones en el Ecuador – Informe Ejecutivo*. Quito: Caitisa, 2017. <https://Caitisa.org/index.php/home/enlaces-de-interes>.
- _____. Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones. *Instructivo para la emisión de dictámenes sobre las solicitudes del Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones (Cepai)*. Registro Oficial 408, 17 de enero de 2019. <https://www.derechoecuador.com/registro-oficial/2019/01/registro-oficial-no408-jueves-17-de-enero-de-2019>.
- _____. Comité Estratégico de Promoción y Atracción de Inversiones. *Resolución 001-CAPI-2018*, Registro Oficial 31, 3 de septiembre de 2019.
- _____. *Constitución de la República del Ecuador*. Registro Oficial 449, 20 de octubre de 2008.
- _____. Corte Constitucional de la República del Ecuador. “Dictamen No. 010-13-DTI-CC”. En *Caso n.º 0010-11-TI*. 25 de abril del 2013.

- _____. *Decreto Ejecutivo 252*. Registro Oficial 158, Suplemento, 11 de enero de 2018.
- _____. *Decreto Ejecutivo 439*. Registro Oficial 278, Segundo Suplemento, 6 de julio de 2018.
- _____. *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. Registro Oficial 309, Suplemento, 21 de agosto de 2018.
- _____. Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana. “Cancillería presenta los nuevos convenios bilaterales de inversión”. *Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana*, 25 de febrero de 2018. <https://www.cancilleria.gob.ec/cancilleria-presenta-los-nuevos-convenios-bilaterales-de-inversion/>.
- _____. *Reglamento de Inversiones del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. Registro Oficial Suplemento 450, 17 de mayo de 2011.
- _____. *Reglamento para la Aplicación de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. Registro Oficial 392, Suplemento, 20 de diciembre de 2018.
- _____. Senplades. “Plan Nacional de Desarrollo 2017-2021. Toda una vida”. *Secretaría Nacional de Planificación y Desarrollo*. 2017. <https://observatorioplanificacion.cepal.org/sites/default/files/plan/files/EcuadorPlanNacionalTodaUnaVida20172021.pdf>.
- España. *Acuerdo para la promoción y protección recíproca de inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador*. Boletín Oficial del Estado 86, 10 de abril de 1998, BOE-A-1998-8533.
- Fiezzoni, Silvia. “Centro de Arbitraje de Unasur: las Principales Características de la Propuesta de Ecuador”. *Investment Treaty News*, n.º 2 (2012): 5-7. https://www.iisd.org/pdf/2012/iisd_itn_january_2012_es.pdf
- Fundación Friedrich Ebert. *Inversión extranjera directa y solución de controversias*. Perú: Fundación Friedrich Ebert, 2018. <http://library.fes.de/pdf-files/bueros/peru/14916.pdf>.
- Garriga, Georgina. “Los Tratados Bilaterales de Inversiones”. En *Derecho Internacional Económico y de las Inversiones Internacionales*, editado por Mario Castillo Freire, 277-330. Lima, PE: Palestra Editores S.A.C., 2009.
- Guerra Bello, Gustavo. “La negociación de acuerdos internacionales de inversión como instrumento para la promoción de inversiones en el Ecuador”. Tesis, Universidad

- Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2008.
<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>.
- _____. “Retos jurídicos para el desarrollo normativo de los preceptos constitucionales relativos a la inversión privada extranjera: regular su rol complementario en el nuevo modelo económico”. Informe de Investigación, Universidad Andina Simón Bolívar, Sede Ecuador, 2010.
<http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/4058/1/PI-2010-04-Guerra-Retos%20jur%C3%ADdicos.pdf>.
- Gutiérrez, María Teresa. “Hacia la construcción de un régimen internacional de protección a la inversión extranjera”. *Revista Norteamérica* 11, n.º 2 (2016): 109-37. doi: 10.20999/nam.2016.b005.
- Herdegen, Matthias. *Derecho económico internacional*. Bogotá: Editorial Universidad del Rosario, 2012.
- Infante, María Teresa. “La solución judicial de controversias entre Estados”. *Revista Derecho*, n.º 41 (1987): 61-121.
http://revistas.pucp.edu.pe/imagenes/derechopucp/derechopucp_041.html.
- Iruretagoiena, Iñigo. *El arbitraje en los litigios de expropiación de inversiones extranjeras*. Barcelona: Editorial Bosch, 2010.
- Jara Vásquez, María Elena. “El arbitraje desde la perspectiva del derecho a la tutela efectiva en Ecuador”. Tesis doctoral, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2016. <http://hdl.handle.net/10644/5303>.
- Le Quang, Matthieu. *La Revolución Ciudadana en escala de grises: Avances, continuidades y dilemas*. Quito: Editorial IAEN, 2016.
- Lorences, Marín. “La inversión extranjera directa y el Mercosur”. *Revista Informe Integrar*, n.º 79 (2013): 2-13, <http://sedici.unlp.edu.ar/handle/10915/83669>.
- México. *Tratado entre los Estados Unidos Mexicanos, los Estados Unidos de América y Canadá*. Diario Oficial de la Federación Tomo CDLXXXIII n.º 14, 20 de diciembre de 1993, <http://www.dof.gob.mx/index.php?year=1993&month=12&day=20>.

- Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana - Convenio para la Promoción de Inversiones para el Desarrollo (CID). Documento de trabajo, 17 de octubre de 2013.
- Mora, Andrés. “Jurisdicción y competencia ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”. *Diálogos de Saberes*, n.º 43 (2015): 161-71. <http://revistas.unilibre.edu.co/index.php/dialogos/issue/view/13>.
- Mortimore, Michael. “Arbitraje internacional basado en cláusulas de solución de controversias entre los inversionistas y el Estado en acuerdos internacionales de inversión: desafíos para América Latina y el Caribe”. *Cepal Serie Desarrollo Productivo*, n.º 188 (2009): 1-86. <https://www.cepal.org/es/publicaciones/4583-arbitraje-internacional-basado-clausulas-solucion-controversias-inversionistas>.
- OEA *Carta de la Organización de los Estados Americanos*. 10 de junio de 1993. http://www.oas.org/es/sla/ddi/tratados_multilaterales_interamericanos_A-41_carta_OEA.asp#Cap%C3%ADtulo%20II.
- ONU *Carta de las Naciones Unidas*. 26 de junio de 1945. <http://www.un.org/es/sections/un-charter/chapter-i/index.html>.
- _____. *Carta de Derechos y Deberes Económicos de los Estados*. 12 de diciembre de 1974. [https://dudh.es/carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-Estados/..](https://dudh.es/carta-de-derechos-y-deberes-economicos-de-los-Estados/)
- _____. CNUDMI. “Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y estados. Comunicación del Gobierno de la República del Ecuador”. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. 2019. A/CN.9/WG.III/WP.175. <https://undocs.org/sp/A/CN.9/WG.III/WP.175>.
- _____. CNUDMI. “Posible labor futura en materia de solución de controversias: Reforma del régimen de solución de controversias entre inversionistas y Estados”. *Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional*. 2017. A/CN.9/917, <http://undocs.org/SP/A/CN.9/917>
- _____. *Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados*. 23 de mayo 1969. A/CONF.39/27. https://www.oas.org/xxxivga/spanish/reference_docs/convencion_viena.pdf.
- _____. *Resolución 37/10-Declaración de Manila sobre el Arreglo Pacífico de Controversias*. 15 de noviembre de 1982. <https://www.dipublico.org/doc/instrumentos/96.pdf>.

- Pérez, Yaritzta. “Consentimiento estatal al arbitraje del Ciadi”. *Lecciones y Ensayos* (Universidad de Buenos Aires), n.º 91 (2013): 19-58. http://www.derecho.uba.ar/publicaciones/lye/revistas/lecciones_y_ensayos_nro_0091.pdf.
- Pérez, Nicole. “Hacia un nuevo modelo de desarrollo”. En *La Constitución del 2008 en el contexto andino*, editado por Ramiro Ávila Santamaría, 201-223. Quito: Ministerio de Justicia y Derechos Humanos, 2008.
- Perú. *Acuerdo de Profundización Económico Comercial entre la República del Perú y la República Federativa del Brasil*, 29 de abril de 2016. http://www.acuerdoscomerciales.gob.pe/images/stories/brasil/Acuerdo_de_Profundizacion_Economico_Comercial_PE-BR.pdf.
- Pino Garrido, Christian. “¿Por qué la denuncia de los TBI es buena para el Ecuador?”. *Foro de los Comunes*. Accedido 8 de agosto de 2019. <https://www.forodeloscomunes.org/lasvoces/por-que-la-denuncia-de-los-tratados-bilaterales-de-proteccion-reciproca-de-inversiones-tbi-es-buena-para-el-ecuador/>.
- Requena Casanova, Millán. “La solución de controversias en los modelos de APPRI: cláusulas tradicionales y nuevas tendencias”. *Revista Electrónica de Estudios Internacionales*, n.º 24 (2012): 2-35. <http://www.reei.org/index.php/revista/num24/>.
- Revista de Arbitraje de Idea Comunidad Iberoamericana. “Ex integrantes de Caitisa denuncian que Ecuador contemple el arbitraje internacional en los nuevos TBI”. *CIAR Global*. 9 de marzo de 2018. <https://ciarglobal.com/ex-integrantes-de-caitisa-denuncian-que-ecuador-contemple-el-arbitraje-internacional-en-los-nuevos-tbi/>.
- Rodríguez, Miguel Ángel. “El principio de solución pacífica de controversias como norma ius cogens en el Derecho Internacional”. *Lex 2*, n.º 12 (2013): 100-30. <http://dx.doi.org/10.21503/lex.v11i12.21>.
- Salcedo, José. “Arbitraje inversionista – Estado: la necesidad de reforzar su legitimidad mientras se forjan cambios mayores”. *Revista de Arbitraje*, n.º 5 (2015): 9-23. revistas.pucp.edu.pe/index.php/arbitrajepucp/article/view/16679/17011.
- Salvador, Íñigo, y Mélanie Riofrio. “La denuncia del Convenio del Centro Internacional de Arreglo de Disputas Relativas a Inversiones o la calentura de las sábanas”.

Revista Ecuatoriana de Arbitraje, n.º 2 (2010): 1-127.

http://iea.ec/pdfs/2010/Art_inigoSalvador.pdf.

- Sevilla Albornoz, Carlos. “Acuerdo Comercial con la Unión Europea: implicaciones normativas de la reserva del Ecuador en torno a la inversión en sectores estratégicos y el control sobre las empresas”. Tesis, Universidad Andina Simón Bolívar, sede Ecuador, 2018. <http://repositorio.uasb.edu.ec/bitstream/10644/6553/1/T2801-MDEM-Sevilla-Acuerdo.pdf>.
- Suiza. Consejo de Derechos Humanos de las Naciones Unidas. “Informe del Experto Independiente sobre la promoción de un orden internacional democrático y equitativo, Alfred-Mauricie de Zayas”. *Consejo de Derechos Humanos de Naciones Unidas*. 2015. A/HRC/30/44. https://www.ohchr.org/Documents/Issues/IntOrder/A-HRC-24-38_sp.pdf
- _____. Unctad. “Controversias entre inversores y Estados: prevención y alternativas al arbitraje”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2010. https://unctad.org/es/Docs/diaeia200911_sp.pdf.
- _____. Unctad. “Colección de publicaciones de la Unctad sobre temas relacionados con los acuerdos internacionales de inversión”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2003. https://unctad.org/es/Docs/teit20031_sp.pdf.
- _____. Unctad. “Fair and Quitable Treatment - Colección de publicaciones de la Unctad”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2012. https://unctad.org/en/Docs/unctaddiaeia2011d5_en.pdf.
- _____. Unctad. “Guía de Acuerdos Internacionales de Inversión para el Desarrollo Sostenible”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2015. <https://investmentpolicy.unctad.org/investment-policy-framework>.
- _____. Unctad. “IIA Issues Note”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2015. https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/webdiaepcb2015d1_en.pdf.
- _____. Unctad. “Informe sobre las inversiones en el mundo 2014”. *Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2014. https://unctad.org/es/PublicationsLibrary/wir2014_overview_es.pdf.
- _____. Unctad. “Informe sobre las inversiones en el mundo 2015, Reforma de la gobernanza internacional en materia de inversiones”. *Conferencia de las Naciones*

- Unidas sobre Comercio y Desarrollo*. 2015.
https://unctad.org/en/PublicationsLibrary/wir2015_en.pdf.
- _____. Unctad. “Transformación del régimen de acuerdos internacionales de inversión”.
Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo. 2015.
 TD/B/CII/EM4/2.
https://unctad.org/meetings/es/SessionalDocuments/ciiem4d2_es.pdf.
- Tempone, Rubén. *Protección de Inversiones Extranjeras*. Buenos Aires: Ciudad Argentina, 2003.
- Unión Europea. “Cartilla Ecuador – Unión Europea”. *Delegación de la Unión Europea Ecuador*. marzo 2017.
https://eeas.europa.eu/sites/eeas/files/cartilla_acuerdo_comercial_ue-ecuador_0.pdf.
- Uruguay. *Acuerdo entre Japón y la República Oriental del Uruguay para la liberación, promoción y protección de inversiones*. Diario Oficial 29.628, 23 de enero de 2017. <http://apc.mef.gub.uy/innovaportal/file/726/13/acuerdo-entre-japon-y-la-republica-oriental-del-uruguay-para-la-liberalizacion-promocion-y-proteccion.pdf>.
- _____. Unasur. “Acta XIV Reunión del grupo de trabajo de expertos de alto nivel sobre solución de controversias en materia de inversiones de Unasur”. *Unión de Naciones Suramericanas*. 2016.
https://repo.unasursg.org/alfresco/service/unasursg/documents/content/DECIMA_CUARTA_REUNION_DEL_GRUPO_DE_TRABAJO_DE_EXPERTOS_DE_ALTO_NIVEL SOBRE SOLUCION DE CONTROVERSIA EN MATERIA DE INVERSIONES DE UNASUR_ACTA.pdf?noderef=42dd7b23-19c6-4252-abd1-654d895d8a2c.
- Vargas, Juancarlos. “El derecho internacional económico y la gobernabilidad de las organizaciones económicas internacionales: un análisis jurídico-político”. *Revista Boliviana de Derecho*, n.º 13 (2012): 116-35.
<http://www.scielo.org.bo/pdf/rbd/n13/n13a07.pdf>.
- Yepes, Isabel y Nicolás Larrea. “Cambio en las reglas de juego: El futuro del arbitraje en el Ecuador”. *USFQ Law Review* 2, n.º 1 (2015): 107-25.
<https://www.usfq.edu.ec/publicaciones/lawreview/Paginas/revistas/revista003.aspx>.