

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO USFQ
Colegio de Posgrados

**La posición crítica del Estado ecuatoriano ante los Acuerdos Internacionales de
Inversión y el Arbitraje Internacional: Consecuencias y Análisis ante un nuevo
modelo de Tratado Bilateral de Inversiones.**

Germán Andrade Rivadeneira

Claudia Salgado Levy, Directora del Trabajo de Titulación

Trabajo de titulación de posgrado presentado como requisito
para la obtención del título de Magíster en Litigio y Arbitraje
Internacional

Quito, 17 de diciembre de 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

Colegio de Postgrados

HOJA DE APROBACIÓN DE TRABAJO DE TITULACIÓN

La Posición Crítica del Estado Ecuatoriano ante los Acuerdos Internacionales de Inversión Y Arbitraje Internacional: Consecuencias y Análisis ante un Nuevo Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones.

Luis Germán Andrade Rivadeneira

Claudia Salgado, PhD.
Directora de Trabajo y Miembro del Comité de Grado



Javier Jaramillo, M.A.
Presidente y Miembro del Comité de Grado



Gustavo García, M.A.
Miembro del Comité de Grado



Juan Pablo Aguilar, M.A.
Director de la Maestría en Litigio y Arbitraje Internacional



Farith Simon, PhD.
Decano del Colegio de Jurisprudencia



Hugo Burgos, PhD.
Decano del Colegio de Postgrados



Quito, 17 de diciembre del 2019

UNIVERSIDAD SAN FRANCISCO DE QUITO

EVALUACIÓN DE DIRECTOR / TRABAJO DE TITULACIÓN ESCRITO

TRABAJO/TITULO La posición crítica del Estado ecuatoriano ante los Acuerdos Internacionales de Inversión y el Arbitraje Internacional: Consecuencias y Análisis ante un nuevo modelo de Tratado Bilateral de Inversiones.

ALUMNO Germán Andrade Rivadeneira

EVALUACIÓN (justificar cada punto):

a) Importancia del problema presentado.

La problemática planteada por el autor es actual y relevante. Para empezar, la investigación presenta una visión global sobre los tratados bilaterales de inversión, la cláusula de la nación más favorecida contenida en ellos y el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado, enfatizando las críticas que se han expuesto a lo largo de los últimos años sobre estos temas. Una vez delimitado el marco general, el autor se centra en la experiencia ecuatoriana para describir la evolución de una posición “crítica” por parte del Estado ecuatoriano de las políticas adoptadas en torno a los tratados de inversión y al arbitraje inversionista-Estado hasta la actualidad, posición que incluso termina siendo contradictoria en el tiempo. Finalmente, el autor hace un análisis de las fortalezas y debilidades de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano y proporciona algunas opciones que debería contener un nuevo modelo de TBI ecuatoriano. En particular, el autor recomienda como opción la utilización de los Principios Rectores sobre Empresas y Derechos Humanos o “Marco Ruggie”.

b) Trascendencia de la hipótesis planteada por el investigador.

La hipótesis planteada por el autor es trascendente en tanto en cuanto demuestra, a lo largo de su trabajo, las implicaciones que han tenido los tratados internacionales de inversión y su mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado en la adopción de las diversas políticas por parte del Estado ecuatoriano y viceversa; políticas que han sido adoptadas en el tiempo de forma drástica e incluso contradictoria. Además, tras discutir la posición crítico-evolutiva del Ecuador, el autor propone soluciones.

c) Suficiencia y pertinencia de los documentos y materiales empleados.

El autor ha utilizado mayormente fuentes primarias, contentivas de información original, fidedigna y objetiva como lo son los trabajos de la Conferencia la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés). Además, el autor ha revisado y citado trabajos académicos de autores notables en este campo. Consecuentemente es suficiente y pertinente la bibliografía empleada.

d) Contenido argumentativo de la investigación (la justificación de la hipótesis planteada).

Para justificar la hipótesis planteada- la posición crítica del Estado ecuatoriano en torno a los TBIs y el mecanismo de solución de controversias inversionista-Estado- el autor analiza, en primer lugar, el contexto internacional en diferentes períodos de tiempo, tomando como base los estudios realizados por la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD). Una vez que ha establecido el marco general, el autor examina la visión ecuatoriana tomando como insumo las posiciones críticas expuestas por la Procuraduría General del Estado en el año 2016 y por la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema Internacional de Arbitraje en Materia de Inversiones en el 2017. Finalmente, el autor realiza observaciones y recomendaciones.

A lo largo de toda la investigación, el autor expresa sus ideas sobre los temas que va analizando. En ese sentido, el contenido argumentativo es satisfactorio.

e) Cumplimiento de las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

El autor ha cumplido con las tareas encomendadas a lo largo de la investigación.

FIRMA DIRECTOR:



Claudia Salgado Levy

07 noviembre 2019

© Derechos de Autor

Por medio del presente documento certifico que he leído todas las Políticas y Manuales de la Universidad San Francisco de Quito USFQ, incluyendo la Política de Propiedad Intelectual USFQ, y estoy de acuerdo con su contenido, por lo que los derechos de propiedad intelectual del presente trabajo quedan sujetos a lo dispuesto en esas Políticas.

Asimismo, autorizo a la USFQ para que realice la digitalización y publicación de este trabajo en el repositorio virtual, de conformidad a lo dispuesto en el Art. 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior.

Firma del estudiante: _____

Nombres y Apellidos: Luis Germán Andrade Rivadeneira.

Código: 00203682

Cédula de Identidad: 060241764-4

Lugar y fecha: Quito, 17 de diciembre de 2019

RESUMEN:

Los acuerdos internacionales de inversión (AII), el actual sistema de solución de controversias inversionista-Estado y la cláusula de la nación más favorecida (CNMF o NMF), entre otros temas, están siendo analizados por los Estados en importantes foros. El Ecuador no ha sido ajeno a las discusiones que estas complejas materias demandan. Bajo esta perspectiva, la presente tesis se centrará en analizar lo que aquí se denomina la “posición crítico-evolutiva” del Estado ecuatoriano sobre la temática. Vale advertir que, por razones de tiempo y espacio, este trabajo se focalizará en la posición crítico evolutiva del Ecuador con relación al régimen de los TBIs, al sistema actual de solución de controversias y la CNMF.

En esta tesis se realizará un recuento de esta posición, aunque enfocándose en un ámbito temporal claramente determinado y en hechos perfectamente reconocibles, y se advertirá, además, los aciertos o desaciertos que en este ámbito puedan identificarse.

Luego, se propondrá al “Marco Ruggie” como un posible criterio de solución, entendiendo por este a un conjunto de directrices diseñadas para establecer un marco de responsabilidad de las empresas por la transgresión de derechos humanos; a su turno, se explicará cómo esta alternativa podría satisfacer (al menos parcialmente) las demandas de la República del Ecuador en el contexto del arbitraje de inversiones. Finalmente, se definirá el ámbito de aplicación más idóneo de la cláusula de la nación más favorecida en este nuevo escenario.

Palabras clave: Acuerdos Internacionales de Inversión, Arbitraje de Inversión, Estado ecuatoriano, Marco Ruggie, Cláusula de la Nación Más Favorecida.

ABSTRACT:

International investment agreements (IIAs), the international investor-State dispute system and the most favored nation clause (MFNC or MFN), among others, are being analyzed by States in important forums. Ecuador has not stayed away from the discussions that these complex matters raise. Against this background, this thesis will focus and analyze what we call the "critical evolutionary position" of the Ecuadorian State on this subject. It is worth noting that, for reasons of time and space, this work will focus on the critical evolutionary position of Ecuador in relation to the BIT regime, the current investor-State dispute resolution system and the MFNC.

This thesis will carry out a recount of this position, although focusing on a clearly defined temporal scope and on perfectly recognizable facts, and then, it will reveal the successes or inaccuracies that can be identified in this area.

Then, the "Ruggie Framework" will be proposed as a possible solution criterion, which is understood as a set of guidelines designed to establish a framework of corporate responsibility for the transgression of human rights; in turn, it will be explained how this alternative could meet the needs of the Republic of Ecuador in the context of investment arbitration. Finally, the most suitable scope of application of the most favored nation clause will be ascertained in this new scenario.

Keywords: International Investment Agreements, Investment Arbitration, Ecuadorian State, Marco Ruggie, Most Favored Nation Clause.

ÍNDICE

RESUMEN:	vii
ABSTRACT:	viii
INTRODUCCIÓN	1
1. CAPÍTULO I: La posición de la UNCTAD sobre los AII, el sistema actual de controversias y la cláusula de la nación más favorecida	4
1.1 La UNCTAD y su visión de los AII	5
1.2 La UNCTAD y su visión del actual sistema de solución de controversias.	7
1.3 La posición de la UNCTAD con respecto a la cláusula de la nación más favorecida	10
2. CAPÍTULO II: El punto de partida cero de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano	12
2.1 La postura crítica de la Procuraduría General del Estado	13
2.1.1 En torno a los AII.....	14
2.1.2 En torno al actual sistema de solución de controversias	16
2.1.3. En torno a la cláusula de la nación más favorecida	19
2.2 La posición crítica de CAITISA	20
2.2.1 En torno al régimen de los acuerdos de inversión	21
2.2.2 En torno al sistema de solución de controversias.....	23
2.2.3 En torno a la cláusula de la nación más favorecida	25
2.3 La Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal	26
3. CAPÍTULO III: Análisis sobre las fortalezas y debilidades de la posición crítico evolutiva del Estado. Sugerencias para un nuevo TBI y el futuro de la cláusula nación más favorecida	29
3.1 Fortalezas y debilidades de CATISA y la PGE con relación a la UNCTAD	29
3.1.1 Con respecto a los AII.....	29
3.1.2 Con respecto al actual sistema de solución de controversias	30
3.2. Las opciones que abriría un nuevo modelo de TBI: lo que se considera que este instrumento debe contener	32
3.2.1 La opción del “Marco Ruggie”	34
3.3. La cláusula de la nación más favorecida: su futuro en los tratados de inversión, consecuencias de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano ..	42
BIBLIOGRAFÍA.....	60
PLEXO NORMATIVO.....	64
JURISPRUDENCIA.....	64

INTRODUCCIÓN

Actualmente, el fomento a las inversiones es visto como un aspecto capital para el desarrollo de los Estados. No obstante, para hacerlo, se requiere incentivar al inversionista a confiar en el marco regulatorio del país receptor, el cual, a su vez, abriga la expectativa de ver dinamizar su economía.

Bajo esta premisa, numerosos países han decidido, en ejercicio de su soberanía y en pleno uso de sus facultades consagradas por el Derecho Público Internacional, celebrar tratados de protección de inversiones. En dichos instrumentos se establece, un catálogo de garantías que busca transmitir a los potenciales inversores la seguridad necesaria de que sus esfuerzos -al menos desde una perspectiva política y jurídica-, no correrán la amenaza de ser irrespetados, debiendo solamente preocuparse por los riesgos que son inherentes al mercado y al mundo empresarial.

En la actualidad, muchos países, entre ellos Ecuador, critican estos instrumentos, tanto en un sentido lato –es decir, en su régimen general– como en un sentido estricto, es decir, con referencia a determinadas cláusulas, y, entre estas, la cláusula de la nación más favorecida (CNMF o NMF).¹

No es menor el papel de dicha cláusula, que permite ampliar las disposiciones contenidas en un AII, permitiendo a los inversores protegidos bajo un Tratado Bilateral de Inversiones (TBI) importar a su favor disposiciones más favorables contenidas en otros tratados sobre la misma materia. No deja de ser alegado como inconveniente por ciertos

¹ La reacción contra el arbitraje no es nueva, se sabe que países como EEUU y Argentina han adoptado posturas más defensivas contra este mecanismo de solución de controversias: “En el caso de los Estados Unidos esa posición se ha visto plasmada en (i) las presentaciones efectuadas por esa nación en procedimientos arbitrales iniciados por sus propios nacionales contra Canadá o México bajo el NAFTA, en las cuales -de conformidad con su artículo 1128- sostuvo interpretaciones restrictivas de las protecciones brindadas por ese tratado; (ii) la sanción de la Trade Act en el año 2002¹⁴; (iii) el modelo de tratado bilateral de inversión del año 2004 que, comparado con el de 1994 que lo precediera, si bien no excluye el recurso al arbitraje, restringe los derechos reconocidos a los inversores extranjeros¹⁵; y (iv) los tratados multilaterales y bilaterales suscriptos a la luz de dicho modelo (entre otros, el CAFTA-DR y los tratados bilaterales con Australia y Uruguay).” Tawil Santiago Guido y Minorini Lima Ignacio “*El Estado y el Arbitraje Primera aproximación*” (2009) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 1, p. 96.

Estados, el ver que los inversionistas no se acogen solamente a los tratados originales labrados después de intensas negociaciones, ignorando con ello, cual era la voluntad original de los Estados suscriptores al ratificar un TBI.

La disconformidad con el régimen de los TBIs, el arbitraje internacional y la cláusula de la nación más favorecida, provocó lo que he de denominar “*el punto de partida*” en la posición crítico-evolutiva del Ecuador. Esta posición se manifiesta en cuatro momentos perfectamente reconocibles:

El primero es la publicación del libro “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la experiencia del Ecuador*”, en agosto de 2016 bajo el sello de la entidad destinada por mandato legal a gestionar la defensa del Estado ecuatoriano, esto es, la Procuraduría General del Estado (PGE), de ahí que sus observaciones sean de capital análisis a efectos de la presente tesis.

El segundo momento que da cuenta de la progresiva posición crítica del Ecuador tiene lugar cuando el Gobierno Nacional, bajo la presidencia del Eco. Rafael Correa Delgado, decidió denunciar varios Tratados Bilaterales de Inversión suscritos por nuestro país. En muchos casos, previo informe de una Comisión creada exclusivamente para el efecto, esto es, la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema Internacional de Arbitraje en Materia de Inversiones (en adelante, CAITISA). Su influencia en la posición crítico-evolutiva del Estado fue gravitante, como en su momento se advertirá.

Siguiendo el ámbito temporal establecido, existe otro hecho evolutivo en la posición crítica de nuestro país: la nueva normativa prevista en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, aprobada el 7 de agosto de 2018, que muestra una postura más propicia para el arbitraje.

El último momento, las expectativas abiertas ante la posibilidad de firmar un Acuerdo de Fomento y Facilitación de Inversiones con la República del Brasil, y

posteriormente con otros países. De ahí que la presente tesis repasará y analizará esta posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano.

En el primer capítulo, se invocará la posición de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD por sus siglas en inglés) sobre estas temáticas, la importancia de esta institución se clarificará más adelante. Se lo hará a doble cita a fin de cubrir el ámbito temporal de la posición crítico evolutiva de nuestro país, esto es, a 2008, el mismo año en que se expidió la nueva Constitución y, por otro lado, a 2018, año que coincide con la adopción de la ley orgánica ya referida en párrafos anteriores.

En el segundo capítulo, se examinarán, en su orden, el libro “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones Desde la Experiencia del Ecuador*”, el “Informe Ejecutivo CAITISA” y las consecuencias de las reformas introducidas en la Ley Orgánica para el Fomento Productivo.

En el tercer y último capítulo se examinará y criticará la consistencia (o ausencia de ella) plasmada en los documentos generados por el Estado ecuatoriano en comparación con las tendencias globales existentes al momento. Se revisará y propondrá, ante un hipotético escenario de firma de un nuevo TBI, el auxilio de otra rama del derecho para colmar en algo las necesidades y exigencias de nuestro país en la materia.

Finalmente, en el último capítulo, se examinará cómo esta postura ambivalente del Estado ha condicionado el futuro que se le depara a la cláusula de la nación más favorecida.

1. CAPÍTULO I: La posición de la UNCTAD sobre los AII, el sistema actual de controversias y la cláusula de la nación más favorecida

Para entender mejor la posición crítico evolutiva de la República del Ecuador sobre el régimen actual de inversiones (y dentro de este sobre el arbitraje internacional y la cláusula nación más favorecida), es necesario entender de forma previa, cuál es la posición académica existente en la actualidad sobre estas temáticas. Para ello, se tomará como referencia la posición de la Conferencia de las Naciones Unidas sobre Comercio y Desarrollo (UNCTAD)², principal órgano de las NNUU para asuntos relacionados con el comercio, inversiones y desarrollo. Para conectar el análisis en idéntico tiempo y espacio, se considerará la posición consistente de la UNCTAD en 2008 y 2018. Las razones son sencillas:

1) Porque la UNCTAD a 2008 conecta temporalmente con el inicio de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano, esto es, el aparecer de la actual Constitución que contiene una posición defensiva hacia al arbitraje³; y,

2) La UNCTAD al año 2018 es temporalmente cercana al aparecer del “*Informe Ejecutivo CAITISA*” y el Libro “*Visión Crítica del Arbitraje desde la Experiencia del Ecuador*”, a su vez que guarda cercanía de tiempo con la promulgación nueva Ley Orgánica Para el Fomento Productivo. Además, no queda distante (nuevamente en

² Antes de proseguir es necesaria una aclaración, la UNCTAD ha abordado las temática relativa al sistema de solución de controversias, TBIs y temas conexos en múltiples ocasiones; por ejemplo, reformas en el entendimiento del el trato justo y equitativo, expropiación, contratos internacionales, entre otras materias. No obstante, sin desconocer la importancia de esos temas, el presente trabajo por razones de espacio se centrará en las opciones de política, que esta institución propone en términos generales sobre el régimen de tratados de inversión (y dentro de este al sistema actual de solución de controversias), así como en lo que respecta a la de la cláusula nación más favorecida.

³ Constitución de la República del Ecuador: “Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.” Constitución de la República del Ecuador. Artículo 422. Registro oficial N° 449 del 20 de octubre de 2009.

términos de tiempo del anuncio realizado por la cancillería ecuatoriana en torno a un posible Acuerdo de Facilitación de Inversiones con Brasil.

1.1 La UNCTAD y su visión de los AII

La UNCTAD advierte que los Acuerdos Internacionales de Inversiones (AII) son un mundo “[...]cada vez más fragmentado y diverso [...]”.⁴ Es decir, el régimen de los AII está formado “[...] por miles de acuerdos individuales que carecen de coordinación a escala de todo el sistema.”⁵

Para la UNCTAD, esa fragmentación existente en torno a los AII, es un defecto propio del sistema que complica las posibilidades de lograr un grado mayor de reconocimiento de las preocupaciones de desarrollo de los Estados.⁶

De ahí que la UNCTAD advierta los retos que ello conlleva, por un lado, los países pueden concluir tratados más acordes con sus expectativas de desarrollo, pero por el otro, puede suponer un desafío para los países en desarrollo manejar un tema tan complejo como los son los AII.⁷

⁴ Para la UNCTAD, el actual Régimen de AII tiene las siguientes características: 1) Es universal, es decir, casi todos los países han firmado un TBI; 2) Es atomizado, se refiere a que existen miles de acuerdos que no son coherentes entre sí; 3) Tiene múltiples capas, dado que existen acuerdos bilaterales, multilaterales, regionales que podrían sobreponerse; 4) Es multifacético, dado que abordan muchas veces temáticas que van más allá de la inversión, (propiedad intelectual, medio ambiente, etc.); 5) Tienen un alto grado de consenso, es decir, tienen los mismos estándares de protección; 6) Es dinámico e innovador, en la medida de que aquellos tratados establecen como ha de entenderse determinado estándar al suscitarse una disputa; 7) Tienen efectos indirectos sobre la inversión, mediante propuestas contenidas en los TBIs que pueden diferir de las específicas de cada país; 8) Establecen solo obligaciones pasivas, es decir solo obligaciones de no hacer y dirigidas a los Estados, y no a los inversores. UNCTAD (2008), “Regulación internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir”, pp. 1-2.

⁵ UNCTAD, “Regulación internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir”, 2008, p. 3.

⁶ UNCTAD, (2008) “Regulación internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir” p. 3.

⁷ Esa dificultad, se evidencia, ante todo, en la lucha que tienen los Estados para preservar sus capacidades regulatorias, como se advierte en aquel documento, las habilidades de negociación y las necesidades de abordar temáticas, como la salud o el medio ambiente dificultan aún más la cuestión.

Una mirada más actual de la UNCTAD advierte en cuanto a los tratados de inversión que las reformas de los AII requieren un doble enfoque: la conclusión de nuevos tratados y la modernización de los existentes.⁸

Establece la UNCTAD que la modernización de los AII se da en un contexto cambiante,⁹ con cinco necesidades¹⁰ u objetivos de la reforma:¹¹ (i) salvaguardar el derecho a regular en el interés público mientras se brinda protección;¹² (ii) reformar el mecanismo de solución de controversias en materia de inversiones para abordar la crisis de legitimidad del sistema actual, (iii) promover y facilitar la inversión; (iv) asegurar una inversión responsable para maximizar el impacto positivo de la inversión extranjera y minimizar sus potenciales efectos negativos; y, (v) mejorar la consistencia sistémica del régimen de AII. La UNCTAD establece claramente que un acuerdo de inversión no es una mera declaración inofensiva, de hecho, indica que:

“La formulación amplia y vaga de las disposiciones del AII ha permitido a los inversores cuestionar las decisiones fundamentales de política interna, por ejemplo, en el ámbito de las políticas medioambientales, energéticas y de salud.” ...[...]... “Mientras que, en el pasado, la mayoría de los países en desarrollo estaban expuestos a los reclamos de los inversores, actualmente hay cada vez más países desarrollados como demandados.”¹³

Indica además que un AII debe contener disposiciones claras y detalladas sobre la base previa de análisis de sus consecuencias reales y potenciales.¹⁴

⁸ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 8

⁹ *Id.*, p. 15

¹⁰ Nótese que ya no son solo tres los aspectos a considerar como se establecía en el documento de la UNCTAD del 2008.

¹¹ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, pp. 18 -19.

¹² Por ejemplo en el caso que un municipio ecuatoriano expropie determinado terreno a un inversionista, el funcionario local a efectos de indemnización aplica como suma resarcitoria la que arroje el avalúo catastral efectuado por la misma dependencia municipal ya que así lo manda la norma local. Esta manera de evaluar un bien, lógicamente no corresponde con el parámetro reconocido en el ámbito internacional de que una indemnización debe ser efectuada de forma “*pronta, adecuada y efectiva*” (Cláusula Hull). De tal forma que, aunque se alegue que se ha obrado conforme a la legalidad interna de un país, esto no bastará para que un Estado cumpla su responsabilidad internacional. El caso *Rusoro Mining Limited vs Venezuela* es bastante ilustrativo: Si bien el tribunal estimó que Venezuela no aplicó la medida expropiatoria de mala fe y lo hizo obedeciendo a una necesidad de política pública de un Estado soberano, el mecanismo para fijar el monto indemnizatorio fijado por el decreto era mucho menor al estándar internacional, con el agravante de que el pago fue aún menor al estipulado en el mencionado acto de Estado. Estos casos pueden verse como serios desafíos al derecho a regular. También ilustra el hecho de que concluir un TBI puede ocasionar serios problemas a un país en vías de desarrollo, que, al intentar implementar determinada política local, esta colisiona con la obligación asumida internacionalmente. Caso CIADI N° ARB (AF)/12/15 *Rusoro Mining Limited v. Venezuela*.

¹³ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 17 traducción libre.

¹⁴ *Ibidem*.

Por lo que, para la UNCTAD los AII no cubren la necesidad de armonización de las obligaciones asumidas internacionalmente, con las políticas locales de desarrollo que formulan para sí mismos los Estados o sus entidades regionales o subregionales.¹⁵ En consecuencia, desde una perspectiva estratégica, ante los AII en vigencia, proponen tres opciones: 1) Retirarse de los AII, 2) Participar en la Reforma de los AII; 3) Plantear reformas –dentro de los TBIs- tanto sobre estándares sustantivos como de procedimiento.¹⁶

En cuanto a las reformas, la UNCTAD advierte que los tratados existentes tienen formulaciones amplias, imprecisas y vagas.¹⁷ En consecuencia señala que, las disposiciones de un tratado deben ser claras y detalladas, sobre la base de un análisis jurídico acerca de sus implicaciones tanto hipotéticas como reales.¹⁸

Propone al menos diez opciones: 1) Plantear interpretaciones conjuntas del tratado; 2) Modificación de las disposiciones de los tratados; 3) Sustitución de los tratados obsoletos, 4) Consolidar la red de los AII; 5) Gestión de relación entre los tratados existentes (establece cual de los AII vigentes prevalece); 6) referencias a estándares globales; 7) Comprometerse multilateralmente (estableciendo entendimiento comunes entre países signatarios); 8) Abandono de tratados no ratificados; 9) Terminar los tratados antiguos existentes; y 10) Retirada de los mecanismos multilaterales.¹⁹

1.2 La UNCTAD y su visión del actual sistema de solución de controversias.

En relación con las críticas sobre el actual sistema de solución de controversias la UNCTAD identifica como un factor que incide en el aumento de los arbitrajes, el hecho de que estos han ganado una mayor transparencia.²⁰ Así mismo, toma nota la UNCTAD, sobre el incremento de los arbitrajes de inversión y se refiere a este sistema de solución de controversias, en los siguientes términos:

¹⁵ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 18.

¹⁶ *Id.*, pp. 19-21.

¹⁷ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 73.

¹⁸ *Ibidem*.

¹⁹ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 78.

²⁰ UNCTAD, (2008) “*Regulación internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir*” p. 24

“El arbitraje internacional es un importante medio para reforzar el imperio de la ley y aumentar la estabilidad jurídica, pero algunos laudos conflictivos han generado también nuevas dudas con respecto a la interpretación de algunas disposiciones básicas sobre la inversión. Para responder a estos problemas se han revisado varios modelos de TBI.”²¹

Para la UNCTAD, los laudos han ayudado a aclarar el alcance de muchos conceptos jurídicos, pero al mismo tiempo reconoce que hay laudos que han contribuido a generar incertidumbre. Tampoco ha sido insensible esta institución al tema de como se entablan procesos arbitrales basados sobre unos mismos hechos²² con resultados distintos. Podemos de nuestra parte considerar como por ejemplo, lo que vivió el Ecuador en los casos de *Murphy*, *Occidental*, *Burlington* y *Perenco*, como consecuencia de la promulgación de la Ley 42.²³

Por todo ello, la UNCTAD reconoce la existencia de una “*crisis de legitimidad*”, dado que, en función de laudos arbitrales, se expone a los Estados a riesgos financieros, otorgan mayores beneficios al inversor internacional sobre el local, además, existe el temor de que ciertos laudos provoquen la paralización de políticas estatales, sin hablar de la

²¹ *Id.*, p. 3

²² UNCTAD, “*Regulación internacional de la Inversión, Balance y Retos a Seguir*”, 2008, p. 25

²³ La ley 42 que cambiaba el margen de ganancias por excedentes de petróleo, inicialmente al 50 y luego al 99%. Las mismas circunstancias produjeron fallos diversos. Unos ejemplos pequeños lo ilustran: *Burlington* una compañía norteamericana constituida en el estado de Delaware, tenía operaciones petroleras en los Bloques 7, 21, 23 y 24, el reclamo amparado en el TBI USA-Ecuador, se centró en los dos primeros bloques mencionados, alegándose que con la expedición de la ley se incurrió en expropiación ilícita, violación de trato nacional, trato justo y equitativo, protección y seguridad plenas. Caso CIADI N° ARB/08/06 *Burlington v. Ecuador*.

Es curioso como el tribunal arbitral del caso *Burlington vs Ecuador*, sí caracterizó a dicha ley como creadora de impuesto (ver *Burlington* párr. 31), a diferencia del caso de *Occidental* que sobre el mismo tema calificó dicha ley como un acto unilateral. Caso CIADI ARB/06/11 párr. 510. *Occidental v. Ecuador*.

Más curioso aún, es el caso de *Perenco* (empresa constituida en las Bahamas, pero controlada por nacionales franceses, por lo que el TBI que regía la controversia era el suscrito entre Francia y Ecuador), que era a su vez parte del consorcio con *Burlington* y que presentó reclamo sobre los mismos bloques. Si bien puede alegarse que los casos *Burlington* y *Perenco* se basaron en dos tratados de protección distintos, es de notar que los antecedentes fácticos son inclusive cercanos. En este caso el tribunal sobre la caracterización de la ley 41 (ver párrafo 361 del laudo) la calificó como una medida tributaria, es decir, se pronunció de forma similar al caso *Burlington*, pero sus diferencias también llaman la atención: En *Perenco* (ver párrafo 313 del laudo), el tribunal no se consideró competente para tratar la caducidad sobre el bloque 7 a diferencia del caso *Burlington*, ello marcó una diferencia en la ratio decisoria entre un laudo y otro. Finalmente, otra diferencia sustancial entre los casos *Burlington* y *Perenco*, es que en *Burlington* se estableció competente solo con referencia a las diferencias exclusivamente relacionadas con el tratado, dejando de lado las diferencias de carácter contractual, en tanto que en *Perenco* sí las consideró, anunciando a párrafos 325 y 326 desapegarse del fallo de *Burlington*. Caso CIADI N° ARB/08/02 *Perenco v. Ecuador*.

mencionada inconsistencia de los fallos arbitrales y el efecto disuasorio que pueden tener.²⁴

También es interesante hacer notar que, sobre el sistema de solución de controversias, la UNCTAD fue clara en que salirse del actual sistema o mejorarlo son opciones, mantener el *estatus quo* no lo es.²⁵

La UNCTAD propone la limitación de los actores al sistema y la restricción de las jurisdicciones arbitrales en función de materias sensibles, circunscribiendo los reclamos a solo aquellos que guarden relación con los tratados,²⁶ poniendo como requisito el previo agotamiento de recursos internos lo cual según esta institución homologaría a los inversores locales con los extranjeros.²⁷

En relación con la coherencia de las decisiones arbitrales; y, aunque el documento no lo dice de forma expresa, hay tres elementos que pueden incidir positivamente y que dicha institución los alude: i) Crear mecanismos de interpretación conjunta de las disposiciones de un tratado, que tengan un efecto vinculante;²⁸ ii) Crear una segunda instancia (procesos de apelación);²⁹ y, iii) Crear una institución de arbitraje permanente.³⁰

²⁴ El caso CIADI ARB/10/7 *Philip Morris vs Uruguay*, puede ser visto como un buen ejemplo de ello. Disputa surgida entre dicho Estado y la empresa tabacalera al amparo del TBI firmado entre Suiza y la República Oriental de Uruguay por una serie de medidas que el inversor había considerado como expropiatorias. Si bien el laudo fue favorable al Estado uruguayo y fue considerado como un “*precedente*” para muchos Estados que abrigaban implementar análogas políticas públicas en sus países, no es menos cierto que la sola posibilidad de demandas en contra tiene un efecto disuasorio. De hecho, según reporte en el portal web noticioso de la BBC de fecha 31 de mayo del 2014, países como Uganda o Togo que tenían dificultades para expedir leyes de similar contenido (y que generaban parecida reacción de las tabacaleras) estaban a la expectativa de lo que finalmente ocurrió en aquel proceso. Léase sobre este tema, además, el libro de Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 133., en el que se indica que el efecto disuasorio en el caso que se comenta, alcanzó a países desarrollados como Noruega y Canadá, la Unión Europea, e incluso al Reino Unido apreviniéndole Philip Morris este último Estado de abstenerse en sus políticas antitabaco so pena de entablar demandas millonarias.

²⁵ UNCTAD (2018) “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, p. 43.

²⁶ *Id.*, p. 46.

²⁷ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 47.

²⁸ *Ibidem* p. 47.

²⁹ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 48.

³⁰ *Id.*, p. 52.

1.3 La posición de la UNCTAD con respecto a la cláusula de la nación más favorecida

Es generalmente conocida la expresión de que “*Las definiciones nada enseñan a los doctos ni aclaran a los profanos*”, más, para efectos de resaltar y demarcar la importancia y límites de la discusión en torno a esta específica cláusula, usaremos la explicación que la propia UNCTAD da sobre la misma:

“[...] la cláusula NMF, que incluyen prácticamente todos los AII, produce una interacción entre los tratados. Por definición, esta cláusula tiene el efecto de hacer aplicables, en el contexto del acuerdo que incluye la cláusula NMF, las disposiciones de otro AII que sean más favorables (UNCTAD 1999b). Al ampliarse el universo de AII, aumentan también las posibilidades de tales interacciones. Sin embargo, cada vez resulta más difícil valorar la repercusión de esta interacción en la norma final aplicable, [...]”³¹

No obstante, de cara a la necesidad de coherencia en las políticas internacionales de inversión que aún hoy se demandan, la UNCTAD en una publicación del 2008, reconoce algunos aspectos positivos de la cláusula de la nación más favorecida, dado que a más de prevenir la discriminación en razón de la nacionalidad, también puede ayudar a fomentar la armonización de las obligaciones contenidas en los tratados de inversión, siempre y cuando se tenga en claro los alcances y efectos de esta cláusula.³²

La UNCTAD, no obstante, también le reconoce riesgos.

“La cláusula NMF es una disposición crucial para la reforma de los AII. Si no se adoptan las medidas apropiadas con respecto a la cláusula NMF, puede socavar las formulaciones mejoradas de las disposiciones de los tratados.”³³

Ante este escenario la UNCTAD identificó seis opciones de política:³⁴

1) No aplicar a los AII anteriores, esto para no comprometer los esfuerzos en redactar un nuevo instrumento que colisione con aquellos.

2) Especificar que el trato de NMF no se aplica a las disposiciones de sistemas de solución de controversias que se encuentran en otros AII, existentes o futuros.

3) Expresar que la cláusula de NMF no aplicará a obligaciones sustantivas de otros AII existentes o futuros.

³¹ UNCTAD, “*Regulación internacional de la Inversión: Balance, Retos y Camino a Seguir*”, 2008, p. 23.

³² *Id.*, p. 47.

³³ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*”, 2018, p. 29. Traducción libre

³⁴ *Id.*, pp. 30-31.

4) Apartar la cláusula de ciertas materias o industrias, mediante el empleo de reservas específicas.

5) Otro camino que estima viable, es establecer que la cláusula de la NMF solo aplicará a inversores que se hallen en circunstancias similares; y,

6) Omitir la cláusula en cuestión. Ahora bien, la UNCTAD reconoce esta posibilidad como una alternativa, pero matiza que:

“[...] puede ser preocupante omitir un estándar que muchos consideran una de las piedras angulares de la ley económica internacional. En respuesta, algunos han argumentado que, en un AII, el efecto de mejora de la inversión de la cláusula NMF es menos importante en comparación con otras cláusulas y en comparación con su presencia en otros acuerdos económicos internacionales (por ejemplo, acuerdos comerciales preferenciales).”³⁵

³⁵ UNCTAD “*Unctad’s Reform Package for the International Regime*” (2018) p. 31. Colección de Publicaciones de la UNCTAD. Traducción libre.

2. CAPÍTULO II: El punto de partida cero de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano

En el presente capítulo se estudiará la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano. Para ello, se tomará como referencia en primer lugar, el libro *“Visión Crítica del Arbitraje desde la Experiencia del Ecuador”*. Destacará la relevancia de este informe en razón de las atribuciones que detenta la Procuraduría General del Estado y que le son reconocidas por nuestro ordenamiento jurídico.

En segundo lugar, este capítulo analizará el Informe Ejecutivo CAITISA, mismo que tuvo un efecto en la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano en la materia que nos ocupa.

En tercer lugar, se mencionará la nueva ley orgánica para el fomento productivo para valorar la misma como un nuevo giro en la posición crítico evolutiva de la República.

Previo a ello, es menester recordar que, como hemos visto, la posición del Estado ecuatoriano no cabalga en solitario, no es un Estado díscolo que desea alejarse de sus obligaciones internacionales, al contrario, su parecer tiene coincidencia con el sentir de muchos Estados e instituciones relevantes.³⁶ Si bien no existe –anticipamos- un *“punto de partida”* inequívocamente identificable, esta denominación la reconoce el autor de esta tesis como un término diseñado para cubrir desafíos prácticos y pedagógicos, a fin de hacer más asequibles las ideas contenidas en el presente trabajo.

Se podría objetar, por ejemplo, el por qué no se aborda el llamado *“punto de partida”* en sí, esto es, la Constitución del 2008 que contiene un articulado que podría considerarse

³⁶ De hecho, es menester considerar que Ecuador es parte del Grupo de trabajo III de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (UNCITRAL), en el que se discute las reformas al actual sistema de controversias, y es notable que muchos Estados han consignado críticas similares a las que predica la República.

restrictivo al arbitraje³⁷; o, examinarse dentro de la posición crítico evolutiva de la nación, la denuncia de la República del Ecuador al Convenio CIADI.³⁸

Ciertamente, es una crítica que puede devenir como evidente, no obstante, el autor de estas líneas ha escogido los hechos ya anunciados en la introducción de la presente tesis, por ser los que mayor relación objetiva tienen con los temas que se abordan en este trabajo, esto es: una postura evidentemente contraria de parte del Estado ecuatoriano para con los acuerdos internacionales de inversión,³⁹ el sistema de solución de controversias basados en el arbitraje; y, la cláusula de la nación más favorecida.

2.1 La postura crítica de la Procuraduría General del Estado

Como se mencionó anteriormente, la Procuraduría General del Estado es autora del libro “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, el mismo vio la luz en el año 2016. Para entender lo significativo de este hecho, se debe recordar las atribuciones asignadas a dicha entidad. Basta para este fin citar la Constitución del 2008, que en su artículo 235 define la naturaleza de la institución, como un organismo público, técnico jurídico, que goza de autonomía administrativa, presupuestaria y financiera.⁴⁰ Asimismo, en el artículo 237 de la Constitución de la República, se establecen las siguientes atribuciones de la Procuraduría General del Estado:

“Art. 237.- Corresponderá a la Procuradora o Procurador General del Estado, además de las otras funciones que determine la ley:

1. La representación judicial del Estado.

³⁷ Sobre un análisis distinto de los alcances del art. 422 de la Constitución, *Cfr.* Flor Alejandro Mario “*El Artículo 422 y su Incidencia en el Arbitraje Internacional*” (2011) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 3, pp. 189-201.

³⁸ El Convenio CIADI fue suscrito por el país el 15 de enero de 1986, pero solo fue aprobado el 7 de febrero del 2011. La denuncia fue hecha en el régimen presidencial de Rafael Correa Delgado mediante Decreto Ejecutivo N° 1823 del 2 de julio del 2009. Fuente: Informe Ejecutivo CAITISA, p.29.

³⁹ Sobre una aproximación más en detalle sobre la postura ecuatoriana en torno a esta temática, *vid.* Jijón Andrade Alegría. “*La Huida del Arbitraje de Inversión*” (2015) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 7, pp. 41-63.

⁴⁰ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 235. Registro oficial N° 449 del 20 de octubre de 2009.

2. El patrocinio del Estado y de sus instituciones.”⁴¹

Por su parte, la *Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado*,⁴² al describir las funciones del Procurador General del Estado, en su artículo 3 literal d establece, que entre sus funciones están las de representar al Estado y las entidades del sector público en cualquier juicio o reclamo, de acuerdo con tratados o convenios internacionales vigentes.⁴³

Una vez que se ha clarificado la importancia que tiene esta institución, en cuanto al rol de patrocinio del Estado o de las divisiones o entidades integrantes del mismo, citaremos la posición que consignó aquel ente, con relación a los temas objeto de la presente tesis.

2.1.1 En torno a los AII

Quizá, la mejor forma de resumir la posición de la Procuraduría General del Estado en esta temática, es la siguiente:

“Desbalance entre las obligaciones de los Estados que protegen intereses públicos y los derechos de los inversionistas que buscan la protección de su propiedad e inversión.”⁴⁴

Otro reparo es que, en el contexto de un AII, solo los inversores tienen el rol de accionantes, en el marco de un procedimiento de solución de las controversias derivadas de sus disposiciones.⁴⁵ También señala la Procuraduría General del Estado que el régimen de los AII es inequitativo al defender los intereses monetarios de los inversionistas sobre los no económicos y regulatorios de los Estados.⁴⁶

Esta inequidad, a juicio del autor de esta tesis, podría resolverse en cuanto se entienda que estos puntos están conectados. Es decir, el desbalance se corrige si se admite que

⁴¹ Constitución de la República del Ecuador. Artículo 237. Registro oficial N° 449 del 20 de octubre de 2009.

⁴² Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial N° 312 del 13 de abril de 2008.

⁴³ Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Artículo 3 numeral d. Registro Oficial N° 312 del 13 de abril de 2008.

⁴⁴ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*” (2016) p. 43. Editora PGE.

⁴⁵ *Ibíd.*, p. 43.

⁴⁶ *Ibíd.* p. 43.

según un AII, el Estado pueda asumir el rol de accionante, al hacerlo se entiende que se respetan sus potestades regulatorias, y que, al establecerlo, no siempre tienen que prevalecer los intereses económicos del inversionista sobre otros temas de interés público.

Por otro lado, entre los múltiples reclamos que exterioriza la PGE en el libro que se cita, destaca la:

“ [...]Preservación del derecho a regular de los Estados, a través de la limitación de los objetivos de promoción y liberalización de las inversiones frente a los objetivos de política pública como la salud, seguridad, identidad cultural, ambiente y los derechos de los trabajadores.”⁴⁷

Además, la PGE alude a la importancia de asegurar la existencia de inversión responsable, mediante la asignación de responsabilidades a aquellos inversionistas, comprometiendolos a no dejar impactos negativos en la sociedad.⁴⁸

También reconoce la Procuraduría General del Estado como tendencias en los nuevos AII tres temas muy importantes: 1) La importancia de incluir el desarrollo sustentable dentro los nuevos AII; 2) Que se respeten las potestades regulatorias de los Estados; y, 3) Que se haga partícipes a los inversores de los procesos de elaboración normativa.⁴⁹ De ahí que proponga, entre las reformas al régimen general de los AII:

“ [...] Eliminar los textos ambiguos y demasiados amplios, dejando clara la intención de cada una de las partes contratantes. Visto el camino recorrido, los detalles son necesarios.”⁵⁰

Un punto bastante relevante y que lo diferencia incluso del Informe Ejecutivo CAITISA, como luego se verá, es que la PGE no se niega a que los países participen de procesos de reformas, siempre y cuando tengan claro el tipo de inversiones que quieren recibir.⁵¹ Finalmente, reitera la Procuraduría General del Estado, que es necesario exigir responsabilidades al inversor, ya que:

“[...] se convierten en ciudadanos económicos del Estado anfitrión. Adquieren amplios derechos merced a los contratos privados, la legislación del Estado anfitrión y los acuerdos internacionales sobre inversiones. La primera obligación y la más obvia

⁴⁷ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 46.

⁴⁸ *Ibíd*em p. 46.

⁴⁹ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*” (2016) pp. 46-50

⁵⁰ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 170

⁵¹ *Ibíd*em p. 170

que también adquieren es la de respetar las leyes y los reglamentos del Estado anfitrión. Pero más allá de esto, también puede preverse la obligación más básica, un mínimo común de obligaciones o responsabilidades previas y posteriores al establecimiento [...].Las normas mínimas podrían incluir la evaluación de las repercusiones que tendrían en el medio ambiente las inversiones propuestas, obligaciones de abstenerse de corrupción y obligaciones en materia de información plena por parte de los inversionistas.”⁵²

2.1.2 En torno al actual sistema de solución de controversias

Sobre el actual sistema de solución de controversias,⁵³ la PGE es del criterio que existe una inconsistencia de los tribunales al decidir sobre similares puntos de hecho y de derecho.⁵⁴ Es fácil colegir que, una variedad de dictámenes sobre idénticos puntos controvertidos, inciden en una mayor incoherencia en la interpretación de tratados.⁵⁵

También advierte la Procuraduría General del Estado que un proceso arbitral puede aparejar consecuencias económicas para los Estados inmersos en aquel, y que este hecho, ejerce presión a los Estados en la toma de decisiones de política pública.⁵⁶

Cabe anotar el parecido que existe entre esta afirmación y la expresada por el Grupo de Trabajo III de la UNCITRAL, en la que se discuten posibles reformas al sistema actual de controversias.⁵⁷ Es por ello que la Procuraduría General del Estado tiene al menos tres propuestas que son bastante sobresalientes dentro de la postura crítico evolutiva del país:

⁵² *Ibíd.*

⁵³ Sobre las críticas al actual sistema de controversias, y considerando que se examina el parecer de la Procuraduría General del Estado, no es menos significativo instruir al lector sobre el artículo de Gómez de la Torre Blanca, quien fuera Directora de la Dirección de Asuntos Internacionales y Arbitraje de dicha institución. Vid, Gómez de la Torre Blanca “*Críticas al arbitraje de inversiones y soluciones a plantearse*”, (2015) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 7, pp. 15-37. Editora Jurídica Cevallos.

⁵⁴ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 43.

⁵⁵ Incluso pueden, no solo darse variedad de interpretaciones sobre los mismos hechos y estándares, pero con distintos tratados, como se evidencia en los casos ya citados de *Burlington y Perenco vs Ecuador*, sino variedad de interpretaciones sobre los mismos hechos y estándares, pero con referencia a un mismo instrumento internacional. Los casos de *El Paso International Company vs Argentina* y el caso *LG&E Energy Corp. (y otros) vs Argentina*, ambos basándose en el TBI suscrito entre USA y la República de Argentina, son notables ejemplos de ello.

⁵⁶ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 133.

⁵⁷ Véase para el efecto, el documento A/CN.9/930/REV.1 de fecha 19 de diciembre de 2017, que en su párrafo 40, p. 8 dice: “*Se destacó que la utilización de fondos públicos para hacer frente a los elevados costos del proceso de solución de controversias entre inversionistas y Estados era difícil de justificar para los Estados en desarrollo, que disponían de escasos recursos financieros. En ese contexto se señaló que esos costos y los laudos dictados contra esos Estados, competían con urgentes necesidades*”

1) Limitar el acceso al sistema; 2) Estatuir un proceso de apelación para disminuir el riesgo de inconsistencias laudatorias en los arbitrajes de inversión; y, 3) Crear un ente jurisdiccional de carácter universal.

Sobre limitar el acceso al sistema, indica que las cuestiones sobre jurisdicción deben resolverse de manera previa y no permitir que puedan solucionarse al final, ya que según el parecer de la Procuraduría aquello es “ajeno a toda lógica.”⁵⁸ Pero además agrega que debían existir limitaciones para aquellos inversionistas que no cumplen sus obligaciones con el Estado receptor de la inversión o tenga serias acusaciones de incumplimiento en materias ambientales, laborales; o, derechos humanos.⁵⁹

En otras partes de aquel libro,⁶⁰ la Procuraduría General del Estado cuestiona el accionar de ciertos árbitros que pueden caer en un cruce de intereses, por lo cual sostiene deben tenerse claras causales de recusación.⁶¹ Si bien, este último tema no entra en la sección de limitaciones de ingreso al sistema en sí, y el autor de la presente tesis considera que bien podría estarlo. Toda vez que una restricción al sistema puede plantearse sobre hechos (si estamos o no ante una inversión; o, si ha sido hecha conforme a las leyes del Estado receptor) o sobre las personas que participan en él (si determinada persona sea natural o jurídica puede considerarse inversor; o, si tal persona debería o no ser considerada para ser miembro de un tribunal).

de desarrollo.” UNCITRAL (2017) Grupo de Trabajo III Reformas al Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.

⁵⁸ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 167.

⁵⁹ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 169

⁶⁰ *Id.*, pp. 160-163

⁶¹ Causales que la Procuraduría General del Estado a página 162 del libro citado, considera inexistentes o insuficientes. Es evidente para quien lea aquellas páginas que dicha institución tiene una legítima preocupación sobre la independencia e imparcialidad de los árbitros. Es de notar que esta preocupación también se recoge en el Grupo de Trabajo de Trabajo III de la UNCITRAL en múltiples documentos entre ellos el A/CN.9/WG.III/WP.151, de fecha 30/08/2018, página 3 párrafo 9 en el cual se indica que tales conceptos son elementos clave de todo sistema de administración de justicia y están concebidos para garantizar un juicio imparcial y el debido respeto de las normas procesales. UNCITRAL (2018) Grupo de Trabajo III Reformas al Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.

Sobre establecer un sistema de apelación la Procuraduría General del Estado sostiene que: “*Falta un mecanismo de revisión de laudos, el recurso de nulidad es insuficiente al estar involucrados asuntos que van más allá de los comerciales.*”⁶² Más adelante contextualiza la diferencia entre el recurso de nulidad y el de apelación:

“La anulación como tal es un recurso de revisión limitado, ya que solamente procede bajo ciertas causales, analiza exclusivamente la legitimidad del proceso y no sus méritos. En ello difiere de la apelación en donde el examen de la decisión que viene en alzada es integral, en tanto en cuanto que lo que se revisa es la justicia de la decisión y su legitimidad, examen que lo realiza un solo ente controlador que al ser único puede garantizar la consistencia de las decisiones y su consecuente coherencia.”⁶³

De ahí que la Procuraduría General del Estado defiende la creación de un sistema de apelación,⁶⁴ en razón de lo siguiente:

- Por la inconsistencia laudatoria de los tribunales internacionales de inversión;⁶⁵
- Porque en dichos litigios están presentes sujetos de derecho internacional (Estados) que son los encargados de dictar políticas públicas.
- Porque tanto los Estados como los inversionistas han de tener el derecho de contar con decisiones uniformes.

Pero por sobre todo, la importancia para la PGE está en evitar fallos manifiestamente arbitrarios.⁶⁶ Para la PGE, la creación de un organismo de apelación, a más de brindarle coherencia al sistema⁶⁷ daría dos beneficios adicionales:

- Que mediante interpretación sobre cuestiones de derecho podría modificar o sustituir un laudo; y,

⁶² Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2026, p. 40.

⁶³ *Id.*, p. 145.

⁶⁴ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, pp. 150-151.

⁶⁵ Sobre este tema de la inconsistencia de los tribunales arbitrales, *vid.* UNCITRAL Grupo de Trabajo III Reformas al Sistema Internacional de Controversias Inversionistas Estados A/930/Add1/Rev1 de fecha 26/02/2018 y A/CN.9/WG.III/WP/142 fechado al 18/09/2017, en los cuales se critica la falta de coherencia y uniformidad de los laudos arbitrales.

⁶⁶ *Ibidem.*

⁶⁷ No obstante, la propia PGE se demuestra renuente a aceptar un mecanismo de apelación que solo provenga de un tratado de inversión bilateral porque no garantizaría la coherencia y previsibilidad de los laudos, en razón de que, estos provendrían de órganos de apelación diferentes. *Vid.* Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p.153.

➤ Que se puedan examinar asuntos que no fueron tomados en cuenta por el tribunal de primera instancia.⁶⁸

Finalmente, sobre la creación de un único ente jurisdiccional, la Procuraduría General del Estado la reconoce como opción, aunque no manifiesta un claro posicionamiento sobre el tema.⁶⁹ Se examinará ahora la postura que tiene la Procuraduría General del Estado respecto de la cláusula de la nación más favorecida.

2.1.3. En torno a la cláusula de la nación más favorecida

No es fácil encontrar en el documento en análisis una postura clara de la Procuraduría General del Estado con respecto a este tema; de hecho, se le podría asignar una crítica soterrada a este tipo de cláusulas cuando manifiesta:

“Formulación ambigua de los estándares de protección de los derechos de los inversionistas.⁷⁰ La redacción de estas cláusulas es tan ambigua que puede aplicarse virtualmente a cualquier circunstancia que involucre una inversión.”⁷¹

Más adelante, la PGE cita textos que reconocen a esta cláusula como un estándar de protección relativo.⁷² Y luego de reconocer la distinción entre estándares absolutos y relativos realiza una crítica generalizada a los estándares de protección insertos en un TBI, cuando indica que aquellos tienen un contenido abstracto que genera confrontación con los países de raigambre civilista.⁷³ Agrega además que, para los abogados de

⁶⁸ Nótese que la PGE, en el libro que se cita no solo habla de introducir la figura jurídica de la apelación, sino de la creación de un órgano permanente para tal fin, cuyos miembros serían designados por los Estados. Vid Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, pp. 157.

⁶⁹ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2026, p. 50. No obstante, es de destacar que el Grupo III de Trabajo de la UNCITRAL, en el cual es miembro de mesa el Estado ecuatoriano, ha reconocido igualmente mediante documento A/CN.9/917 de fecha 20/04/2017 esta posibilidad.

De igual manera piénsese que si la PGE ha consignado la idea de un órgano único de apelación, se entiende no es renuente a un ente único que avoque toda controversia relativa a inversiones.

⁷⁰ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*”, 2016, p. 41.

⁷¹ Puede interpretarse como una crítica vedada a la cláusula de la nación más favorecida, considerando que el libro de la PGE no distingue -a ese párrafo- entre estándares absolutos o relativos, por lo que se puede concluir que critica a todos en su generalidad.

⁷² Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*” (2016) p. 99.

⁷³ Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*” (2016) pp. 99-100

formación continental resulta difícil interpretar estándares con contenido variable, lo cual a su vez genera desconfianza.⁷⁴

Ante esto, la Procuraduría General del Estado propone que se elimine la figura de los estándares y se lo sustituya por reglas, citando a Gonzáles De Cossío, para el efecto:

“Un estándar es una herramienta importada de la sociología que representa una característica que logra absorber las circunstancias cambiantes de una sociedad, preservando la seguridad que el derecho debe dar. Es una unidad de medición un criterio, un ideal que debe buscarse. Un lineamiento del “legislador” al “juzgador”.

Para esclarecerlo, lo compararé con aquél con el que estamos más familiarizados: la regla.

Mientras que la regla contiene una hipótesis que, de realizarse, de conformidad con el principio de causalidad, exige una “sanción”, el estándar contiene dos elementos: uno objetivo y uno subjetivo. El objetivo es normativo. Es el núcleo del concepto mismo, lo que desea lograr. El subjetivo es el ingrediente que el juzgador le incluye. Su experiencia e intuición.”⁷⁵

De ahí que la Procuraduría General del Estado concluya que la solución se da por el uso de reglas y no de estándares ya que las primeras a juicio de dicho ente ofrecen más certezas y uniformidad a diferencia de las figuras (estándares), del common law insertas en un tratado de inversión.⁷⁶

Más allá de la crítica generalizada y la solución planteada sobre los estándares contenidos usualmente en los tratados bilaterales de inversión, no consigna la Procuraduría General del Estado una posición específica en torno a la cláusula de la nación más favorecida. Cómo debe interpretarse este silencio, es algo que se analizará más adelante.

2.2 La posición crítica de CAITISA

La Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema Internacional de Arbitraje en Materia de Inversiones, fue creada mediante Decreto N° 1506 de fecha 06 de mayo del 2013. La

⁷⁴ *Ibíd.*

⁷⁵ Gonzáles De Cossío Francisco: “*Estándares en el arbitraje de inversión ¿Choque de Tradiciones?*”. Procuraduría General del Estado “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*” (2016) p. 100.

⁷⁶ *Ibíd.*

misma, es autora de un informe que es de ineludible análisis denominado “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, que vio la luz en mayo del 2017 y que en base a las conclusiones contenidas en aquel documento, el Gobierno Nacional mediante Decreto N° 1411 de fecha 16 de mayo del 2017, denunció el TBI, suscrito el 26 de junio de con el Reino de España.⁷⁷

Esta entidad fue creada con un fin determinado⁷⁸ y fue, en buena medida, razón de ser de una suerte de cruzada con muchos de los TBIs firmados por el Ecuador. Aunque no fue el único,⁷⁹ si es altamente simbólico por la adopción de sus conclusiones por parte del ejecutivo.

Se procederá a examinar *prima facie*, la posición de este ente ante los TBIs.

2.2.1 En torno al régimen de los acuerdos de inversión

En una mirada general, CAITISA califica a los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones como: “[...] *piedra angular del marco legal supranacional que acota el poder regulatorio de los gobiernos y protege al capital transnacional*[...]”⁸⁰

Después de ello, CAITISA critica lo que llama “*transferencias de competencias*”, es decir, que sean los tribunales arbitrales los que conozcan causas –que a su entender, competirían a jueces locales incluyendo disputas que guarden relación con derechos fundamentales de las personas.⁸¹ Cuestiona además dicho informe que, un TBI pueda dificultar la puesta en vigencia de medidas tributarias de parte de un Estado, más aún

⁷⁷ Dicho Informe incentivó además, la denuncia de los tratados de inversión suscritos con las Repúblicas de Venezuela, Argentina, Canadá, EEUU, Bolivia, Perú e Italia.

⁷⁸ El cual, en esencia era el de fiscalizador de los TBIs existentes entre Ecuador y otros países, de evaluador del sistema actual de solución de controversias; y, de proponente de alternativas en todo el marco de los AII, incluyendo las cláusulas insertas dentro de dichos instrumentos, entre ellas la CNMF. Para mayor detalle léase el Decreto Ejecutivo N° 1506 de fecha 03 de mayo del 2013.

⁷⁹ Pero no fue la única vía, previamente en el año 2006, Ecuador ya había iniciado la denuncia de diez tratados bilaterales de inversión suscritos con Cuba, El Salvador, Guatemala, Honduras, Nicaragua, Paraguay, República Dominicana entre otros. *Vid.* Jaramillo López Andrea “*Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador*” (2016) p. 203. Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8. Editora Jurídica Cevallos.

⁸⁰ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (2017) “*Informe Ejecutivo CAITISA*” p. 9.

⁸¹ *Id.*, p. 17.

cuando a esa medida se la llega a considerar, mediante laudos, en sí misma como expropiatoria.⁸² Critica además que al garantizar el libre flujo de capitales puede atentar contra la estabilidad financiera de un Estado.⁸³ Advierte además que:

“La Constitución vigente, respecto de las inversiones, dispone que tanto la inversión nacional, cuanto la extranjera se han de orientar al cumplimiento de los objetivos del Plan Nacional de Desarrollo, lo cual implica un direccionamiento o, por lo menos, vigilancia estatal para su efectiva realización. Esto choca con la liberalidad garantizada en los TBI.”⁸⁴

Se critica además en dicho informe que los TBIs no contemplan obligaciones relativas a derechos humanos,⁸⁵ advierte que muchas veces los intereses de las compañías pueden ser antagónicos con los derechos humanos y sociales.

Con todo lo mencionado, en CAITISA se despliegan las siguientes observaciones con relación a lo abordado hasta ahora en la presente tesis:

“[...] 3.- Los TBI suscritos por Ecuador contienen cláusulas que confrontan con la Constitución y regulaciones internas.

4.- Las tensiones más evidentes entre la legislación nacional y los TBI tienen que ver con los mecanismos de solución de controversias que implican cesión de soberanía al someter al país a tribunales de arbitraje internacional, sin pasar previamente por instancias nacionales [...]”⁸⁶

Complementa su crítica en el sentido de que un TBI desnivela las opciones jurídicas que tiene un inversor nacional versus el internacional.⁸⁷

Avisa también dicho informe, una posición que calificamos como inexacta:

“[...] 6.- La denuncia de los TBI es un acto lícito, reconocido por el Derecho Internacional, y se encuentra en el texto de todos los TBI firmados por Ecuador. Por lo tanto, es un acto soberano del Estado, y la explicación de sus motivos no es obligatoria. [...]”⁸⁸

⁸² Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, 2017, p. 20. Esto a juicio del autor de la presente tesis, más que una crítica a la valoración de la ley por parte de un tribunal arbitral, es una crítica a como se puede poner en entre dicho las potestades regulatorias de los Estados.

⁸³ *Ibíd.*

⁸⁴ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, 2017, p. 21.

⁸⁵ *Id.*, p. 22.

⁸⁶ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, 2017, p. 93.

⁸⁷ *Ibíd.*

⁸⁸ *Ibíd.*

La inexactitud consiste en que jamás se ha cuestionado dicha potestad soberana, lo criticable es denunciar sin más los tratados, sin considerar desde la óptica diplomática si aquello puede dejar una mala impresión de la contraparte, desmotivando la opción de negociar; y, a consecuencia de ello, tener que seguir con los efectos anacrónicos de dichos TBIs.

También apunta sobre el desnivel obligacional entre los Estados e Inversor, esto porque aquel informe califica de inadmisibles que solo se cuestione la posible responsabilidad de los Estados y no del inversor, lo que le dota al actual régimen de un sesgo pro-inversionista.⁸⁹

Las acciones más sobresalientes que con respecto a los TBIs propuso aquel Informe son:

- Concluir el proceso de denuncia de los TBIs;⁹⁰
- Sugerencias de lo que debía contener un nuevo modelo de TBI, incluyendo obligación de respetar las leyes internas y las normas consideradas *erga omnes*.⁹¹

2.2.2 En torno al sistema de solución de controversias

Las críticas recogidas en el Informe CAITISA no son, en esta temática, tan dispares de las consignadas por la UNCTAD y la Procuraduría General del Estado. Advierte primero que:

“El inversionista extranjero tiene el poder discrecional de demandar al Estado ante el CIADI, u otra instancia arbitral internacional, por violación del derecho internacional y por poner en cuestión su misma responsabilidad, con todas las consecuencias que el acto internacionalmente ilícito conlleva. El inversionista nacional está privado de este poder discrecional.”⁹²

Denuncia además, la inconsistencia en ciertos laudos como los citados en *Perenco y Burlington*.⁹³ Advierte además que, la sola amenaza de un laudo puede obligar a los

⁸⁹ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (2017) “Informe Ejecutivo CAITISA” p. 93.

⁹⁰ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “Informe Ejecutivo CAITISA” (2017) p. 99.

⁹¹ *Id.*, pp. 100-104

⁹² Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “Informe Ejecutivo CAITISA”, 2017, p. 31.

⁹³ *Ibidem* p. 31.

Estados a realizar cambios de política (“*chilling effect*”) para satisfacer al inversor y evitar ser demandados.⁹⁴

Denuncia lo que califica como sesgos del árbitro en favor del inversor, ya que según este informe, la mayoría ejerce sus actividades en el arbitraje comercial, por ende, soslayan políticas públicas a favor de los ciudadanos.⁹⁵ Indica que los árbitros que intervienen en los procesos no tienen garantías institucionales de imparcialidad e independencia, exigiendo, por ejemplo, la obligación de no tener otro cargo remunerado, ni ejercer la abogacía, etc.⁹⁶

También al igual que el Libro “*Visión Crítica del Arbitraje desde la Experiencia del Ecuador*”, en el “*Informe Ejecutivo CAITISA*” se critica que las causales de recusación de los árbitros no gozan de criterios más estrictos.⁹⁷ Lo criticable de esta afirmación, en conjunto con la anterior, es que las mismas se hagan sin contar con análisis de, por ejemplo, las normas IBA⁹⁸ y determinar en función de este instrumento tan importante, que habría que mejorar a efectos de fortalecer los procesos de recusación.⁹⁹

También recoge como criticable la inexistencia de causales de apelación.¹⁰⁰ De ahí que la postura crítico-evolutiva del Estado ecuatoriano en este informe sea radical:

“La Comisión recomienda excluir la cláusula de solución de disputas inversor-Estado de los Tratados Internacionales de Protección de Inversiones (TBI) vigentes y futuros, que permitan a los inversores demandar al Estado ante tribunales internacionales, bajo las reglas del CIADI o UNCITRAL. La cláusula de solución de

⁹⁴Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (2017) “*Informe Ejecutivo CAITISA*” p. 32.

⁹⁵ *Id.*, p. 52.

⁹⁶Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, 2017, p. 53

⁹⁷ *Id.*, p. 57.

⁹⁸ La International Bar Association, a través de su Consejo aprobó en fecha 23 de octubre de 2014 nuevas directrices en materia de comportamiento ético por parte de aquellos que actúan como árbitros en litigios comerciales y de inversión. Si bien no son normas jurídicas que prevalecen sobre la ley nacional aplicable ni sobre ni sobre las reglas de arbitraje que las partes hubieren elegido, sus directrices, son reconocidas por su nivel de detalle para establecer parámetros que permiten evaluar la imparcialidad e independencia de los árbitros. *Vid.* Consejo de la IBA “*Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional*” (2014) pp. 1-4. Publicado por la International Bar Association.

⁹⁹ De hecho, bastaría que los Estados incorporasen las directrices IBA en los tratados de inversión, para tener una mayor gama de causales de recusación que tanto reclama la República.

¹⁰⁰ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (2017) “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, 2017, p. 94.

disputas inversor-Estado en su formato actual concede derechos excesivos a los inversores extranjeros, y ha dado lugar a abusos por parte de los mismos. Las cortes nacionales son, en su mayoría, el instrumento idóneo para resolver las disputas en materia de inversiones.”¹⁰¹

2.2.3 En torno a la cláusula de la nación más favorecida

La crítica de la República del Ecuador acogida en el Informe CAITISA con respecto a la CNMF la encontramos expresa de la siguiente forma:

“Utilizada en los tratados de comercio, significa que el nivel de trato más beneficioso concedido a un país debe ser replicado y respetado para el resto de países, con los cuales un Estado mantiene el mismo tipo de acuerdos. *Se trata de la amplificación de las relaciones jurídicas*, establecidas de manera restringida y en forma bilateral, a una red genérica de relaciones con otros Tratados de la misma naturaleza...”¹⁰²

Más adelante, añade que una CNMF trae como riesgo la pérdida de control sobre los beneficios que se conceden a inversionistas extranjeros, complicando con ello, la posibilidad de emitir políticas diferenciadas, así como se pierde la noción del acuerdo específico alcanzado con determinado país, con diferencia de que aquel que se concreta en el marco de procesos de integración.¹⁰³

Para CAITISA, a lo anteriormente mencionado, debe sumársele que la aplicación de dicha cláusula implica establecer un “*universo de imposible medición*” ya que con la conexión entre tratados que se da por el uso de la cláusula, los Estados no pueden tener una total capacidad de conocimiento de las obligaciones contraídas, provocando un enfriamiento regulatorio, una entrega de sus potestades regulatorias en beneficio de los privados.¹⁰⁴

Como consecuencia de todo lo anterior, CAITISA sintetiza su posición a manera de la siguiente recomendación:

“[...] Se deberá excluir esta cláusula con el fin de evitar que un inversor de una determinada nacionalidad adquiera o amplíe sus derechos, contemplados en tratados diferentes celebrados por el Estado ecuatoriano con países distintos del cual el inversor es nacional. Se debe incluir una cláusula que advierta que la protección no se extenderá al trato establecido en acuerdos existentes o futuros de integración regional económica,

¹⁰¹ Ibídem p. 94.

¹⁰² *Id.*, p. 18

¹⁰³ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (2017) “*Informe Ejecutivo CAITISA*” pp. 18-19.

¹⁰⁴ *Id.*, pp. 103-104

acuerdos aduaneros, acuerdos comerciales, áreas de libre comercio, u otros de similar materia; tratados de protección y promoción de inversiones bilaterales o regionales; y, cualquier sistema de preferencias que ofrezca el Estado a países menos desarrollados.”¹⁰⁵

Es interesante hacer notar que la expresión “[...] *se debe incluir una cláusula que advierta que la protección no se extenderá [...]*”, parecería insinuar el hecho de que, en realidad la Comisión no recomendó una eliminación total de la cláusula (solo lo alude como escenario preferente), sino una redacción más acotada y condicionada de la misma.

Ahora veremos lo tocante a la Ley Orgánica de Fomento Productivo.

2.3 La Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal

Dentro de la postura crítico evolutiva del Estado ecuatoriano, otro hito importante es la expedición de la Ley citada en el epígrafe y que fuera publicada en el Registro Oficial N° 309 el 21 de agosto del 2018.

Es un hito histórico, dado que ahora el Estado no reniega del arbitraje como mecanismo de solución de disputas y habilita al Estado a pactar arbitraje. Pero puede ser discutible, si la ley en la forma como fue redactada es beneficiosa para el Estado ecuatoriano. Antes de proseguir y solo para dejar constancia, se citan los artículos innominados de la Ley:

Art. (...) Contratos de inversión. - El Estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley.

Art. (...) Arbitraje. - Para contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley...”¹⁰⁶

Ahora bien, no entraremos en un análisis sobre si estas disposiciones manifiestan consentimiento del Estado; o, son o no, una oferta unilateral de ley,¹⁰⁷ ya que la

¹⁰⁵ *Id.*, p. 19

¹⁰⁶ Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Artículos innominados. Registro Oficial 309 del 21 de agosto de 2018.

¹⁰⁷ Para los interesados en el tema, *vid.* Schreuer Christoph, (2008) “*Consent to Arbitration*” Editado por Peter Muchlinski, Federico Ortino y C. Schreuer, The Oxford Handbook. Oxford. Oxford University Press.

complejidad¹⁰⁸ del tema nos desviaría de los propósitos de la presente tesis. Puede eso si advertirse que mediante esta ley el Estado ha determinado que se celebre un contrato sobre otro contrato (la cláusula arbitral es un contrato en virtud del principio de separabilidad).¹⁰⁹ Pese a ello, no entraremos en la discusión de si, al ser la cláusula un contrato y al estar inserta a su vez en un contrato de inversión internacional, debían aplicársele los principios de contratación internacional como algunos tratadistas proponen.¹¹⁰ No es de interés del autor de la presente tesis entrar en discusiones doctrinarias sobre si el arbitraje al ser impuesto por ley, viola el principio de la libre voluntad de las partes.¹¹¹

Lo que interesa dejar sentado de cara a la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano es lo siguiente: Esta normativa, entendida como una nueva posición crítico evolutiva del Estado revela: 1) Que el Estado adopta una decisión menos conflictiva sobre el arbitraje ahora, que en la fecha en que surgió el informe CAITISA y más afable con este mecanismo de solución de controversias; y, 2) Que sin desmerecer lo positivo de aquello, deja la duda de si al poner de forma imperativa el arbitraje sin atenerse a un específico estudio de las circunstancias de cada caso, puede llegar a ser inadecuado, más aún cuando el arbitraje aún lucha por ser mejor entendido y practicado en el país.

¹⁰⁸ La discusión sobre el consentimiento de un Estado para arbitrar no es fácil: “Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo, esto obviamente, dependiendo de los zapatos que tengan puestos los abogados litigantes. Los estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar un supuesto principio de interpretación diametralmente opuesto, bajo el principio de “interpretación efectiva”. Christoph Ho Schreuer, *The ICSID Convention: A Commentary*, Cambridge University Press, 2001. Po 2490. citado por Galindo Álvaro “*El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones*” (2009) *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* N°1, p. 370.

¹⁰⁹ Nuestro ordenamiento jurídico recoge este principio el artículo 5 de la Ley de Arbitraje y Mediación cuando dice: “La nulidad de un contrato no afectará la vigencia del convenio arbitral”. Ley de Arbitraje y Mediación. Artículo 5. Registro Oficial N° 532 del 25 de febrero del 2005.

¹¹⁰ *Vid*, Mezgravis Andres A “*El Estándar de Interpretación Aplicable al Consentimiento y su Revocatoria en el Arbitraje de Inversiones*” (2013) *Revista Ecuatoriana de Arbitraje* N° 3, p. 379. Editora Jurídica Cevallos.

¹¹¹ Por ejemplo, solo para graficar la magnitud de la discusión, la Ley Orgánica de Defensa del Consumidor en su artículo 43 prohíbe imposición de cláusula arbitral en un contrato a no ser que el consumidor manifieste de forma expresa su consentimiento. Ley Orgánica de Defensa del Consumidor. Artículo 43. Publicado en el Suplemento del Registro Oficial N° 116 del 10 de julio del 2000.

Bien pudo el legislador fortalecer el arbitraje, haciendo competir este mecanismo de solución de controversias con otros, por ejemplo, con la introducción de los Dispute Boards o paneles de expertos, los cuales desde una perspectiva fáctica o técnica resuelven diferendos relativos a la ejecución de contratos de construcción, tal cual como ha sucedido en Argentina.¹¹²

¹¹² Vid, Muñoz Francisco. “*Los dispute Boards en contratos de obra: a propósito de la Nueva ley de contrato de participación público privado en Argentina.*” (2009) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8, pp. 229-259.

3. CAPÍTULO III: Análisis sobre las fortalezas y debilidades de la posición crítico evolutiva del Estado. Sugerencias para un nuevo TBI y el futuro de la cláusula nación más favorecida

Finalmente hemos llegado al último episodio dentro de este análisis -fragmentario si se quiere-, de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano.

En este capítulo empezaremos advirtiendo los aciertos y desaciertos de la posición crítico evolutiva del Estado contenidos en los documentos de origen nacional que se referenciaron en el presente trabajo, se enfatizará especialmente en los yerros que, a criterio del autor, contienen, aunque algunos de estos ya fueron advertidos en el capítulo anterior. Luego de ello, examinaremos y analizaremos –ante la expectativa de un Convenio de Promoción y Facilitación de Inversiones anunciado con Brasil-, la factibilidad de exportar los principios conocidos como “*Marco Ruggie*”. Ante este nuevo escenario, se analizará qué papel le correspondería a la cláusula de la nación más favorecida en el régimen internacional de protección de inversiones.

3.1 Fortalezas y debilidades de CATISA y la PGE con relación a la UNCTAD

Vale iniciar señalando que los documentos invocados son mayormente coincidentes en el diagnóstico más no en la solución. Veremos en general –al menos en sus aspectos más sobresalientes – la postura de cada una de las entidades mencionadas con relación a los TBIs y el sistema de solución de controversias. Dejaremos la cláusula de la nación más favorecida para el final de la presente tesis.

3.1.1 Con respecto a los AII

En primer lugar, recordemos que la publicación de la UNCTAD de 2008, se reconoce a estos instrumentos como atomizados y diversos que dificultan a los países en desarrollo su manejo. De ahí que la visión de la UNCTAD contenida en el informe de 2018 se preocupó sobre el tema de la salvaguardia del derecho de los Estados a regular, reformar el sistema de solución de controversias, asegurar una política de inversión responsable y mejorar la consistencia sistémica. Estas preocupaciones también son compartidas por CAITISA y la Procuraduría General del Estado

La UNCTAD, advirtió dos escenarios a considerar: conclusión de nuevos tratados y/o modernización de los existentes. De ahí que dicho ente intergubernamental recomendara:

- 1) Retirarse de los AII; o,
- 2) Participar activamente en los procesos de reformas.

La Procuraduría General del Estado al igual que el Informe Ejecutivo CAITISA, coinciden entre sí y la UNCTAD en reconocer el desbalance existente al firmar los TBI, dado que el Estado no puede comparecer como actor en un proceso arbitral además de la ausencia de obligaciones para el inversionista. De ahí que la Procuraduría General del Estado reclamase que se incluya el desarrollo sustentable como un ítem a incluirse en los tratados, esta postura es advertida por la UNCTAD y compartida por el Informe Ejecutivo CAITISA.

La PGE es abierta a la idea de que se participe en los procesos de reforma de los AII y es consciente que no puede imponer por sí sola su visión de tratado, al contrario del “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, en este último, solo aceptan como válido un modelo de TBI que sea a semejanza de aquel que ellos propusieron en su oportunidad. Finalmente, CAITISA coincide con las otras dos entidades en la crítica sobre la necesidad de preservar los derechos regulatorios de los Estados. Más donde a juicio de autor empiezan los yerros, por parte de esta última, es en el momento en que pone dicho informe una divisoria entre la Constitución y los TBIs, cuando en realidad estos últimos pertenecen al acervo jurídico de una nación una vez que son ratificados.

Yerra a juicio del autor de esta tesis, también, al limitarse a promocionar un proceso de denuncia, sin considerar la opción de renegociación. Su importancia se clarificará más adelante.

3.1.2 Con respecto al actual sistema de solución de controversias

Para la UNCTAD en su informe de 2008, como se recordará, los arbitrajes de inversión habían ganado mucho en transparencia, pero si bien ha ayudado a aclarar

muchos conceptos, han sido generadores de incertidumbre en razón de ciertos laudos. Las críticas son compartidas por la PGE y CAITISA.

Recordemos que, por otra parte, la UNCTAD en su informe de 2018, reconoció una crisis de legitimidad del arbitraje, por los riesgos financieros que un fallo puede suponer para un Estado y como pueden provocar el enfriamiento de políticas locales. La PGE y CAITISA coinciden.

Aunque la UNCTAD 2018 reconoce que salirse del sistema es una opción, en ningún momento lo menciona como el mejor. Establece eso sí que el *statu quo* actual obliga hacer reformas, en este sentido la posición de la UNCTAD es más pro arbitraje que el Informe Ejecutivo CAITISA, en el cual como advertimos si bien habla de arbitraje (local o con reglas locales) para los contratos de inversión, pide la exclusión de este mecanismo de solución de controversias en los TBIs.

Propone la UNCTAD 2018 (entre otras opciones) limitar el acceso al sistema y mejorar la coherencia laudatoria mediante la creación de un mecanismo de apelación y la creación de una corte arbitral permanente. Estos criterios no parecen ir a contracorriente de las críticas de las formuladas por CAITISA y la PGE. La Procuraduría General de Estado por su parte, resalta, además, la insuficiencia de la acción de nulidad.

Sobre la postura de la Procuraduría General del Estado, en cuanto la acción de nulidad, faltó un mejor análisis, no basta con decir que la acción de nulidad no es lo mismo que un recurso de apelación; o, que la primera es complicada de sustanciar favorablemente. Para darle robustez a su planteamiento, pudo la PGE proponer un nuevo enfoque a la acción de nulidad, a más, desde luego, de proponer la acción de apelación como opción.

Sobre el mecanismo de apelación,¹¹³ es coincidente la PGE con la UNCTAD y el Informe Ejecutivo CAITISA. La observación que se consigna en la presente tesis es que,

¹¹³ Aún dentro del ámbito de una hipotética institución de la figura de apelación anotamos que el Grupo de Trabajo III de UNCITRAL, al tratar sobre posibles reformas al actual sistema de solución de controversias, se interroga en el documento A/CN.9/917., página 8 párrafo 24 de fecha 24 de abril del

si el solo anuncio de un laudo puede congelar determinada ley o política pública de un Estado, al instituirse la figura jurídica de la apelación estas iniciativas van estar un tiempo mayor en el limbo por la espera del fallo del superior. No obstante, cabe verse desde una óptica positiva: Los Estados y los inversionistas estarán dispuestos aún mayor proceso de espera, si ello les garantiza mayor coherencia sistémica.

Finalmente, recordar que al igual que la UNCTAD, reconoce la PGE la posibilidad de crear un ente único en materia de arbitraje de Inversiones.

CAITISA advierte además que los tribunales de inversión no consideran temas como, por ejemplo, los derechos humanos al momento de laudo. Es una crítica que como se verá al examinar la posibilidad de un nuevo TBI puede -al menos parcialmente- ser subsanada. Llama por lo demás la atención, la afirmación en forma categórica (formulada por CAITISA) de que el arbitraje en materia de TBIs debe excluirse (aunque no tiene idéntica postura en materia de contratos de inversión) ya que -a su parecer- las cortes nacionales son en su mayoría las más idóneas para conocer dichos casos.

No hay evidencia empírica para realizar tal afirmación, además, difícilmente un juez local sin independencia fallará contra su propio Estado, si ello le acarrea a ese mismo país, responsabilidad internacional por cometer un hecho internacionalmente ilícito.

Se examinará ahora como un nuevo AII, abre una oportunidad para satisfacer en algo, las demandas visibilizadas en la postura crítico-evolutiva mantenida hasta el momento por la República del Ecuador.

3.2. Las opciones que abriría un nuevo modelo de TBI: lo que se considera que este instrumento debe contener

Como se mencionó en su momento, el Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana el 14 de diciembre del 2018, anunció un nuevo cambio en la postura crítico evolutiva del Estado ecuatoriano, y lo hizo, a través del portal web de su

2017, sobre si las decisiones en ese contexto al tratarse sobre hechos similares serían vinculantes solo para las partes, o si, constituirían principios jurídicos a ser observados en casos análogos.

institución. El comunicado versó sobre el propósito de celebrar y firmar de forma conjunta el Estado del Ecuador y la República del Brasil, un Convenio de Promoción y Facilitación de Inversiones, con miras a atraer inversiones productivas y estratégicas, y al mismo tiempo salvaguardar las potestades regulatorias de ambos Estados.¹¹⁴ No se sabe de los hitos principales de aquella negociación,¹¹⁵ pero el giro en la postura crítico evolutiva del Estado debe verse positivo.

Vale agregar, además, que para mejorar sustancialmente el contenido de un tratado puede contemplarse múltiples opciones. Por ejemplo, puede establecerse un sistema de interpretaciones conjuntas del tratado¹¹⁶ a fin de darle uniformidad interpretativa al mismo, sin perjuicio del rol actual de los tribunales arbitrales para tales propósitos;¹¹⁷ o la constitución de un mecanismo de apelación. En suma cualquier otra alternativa que dispongan los Estados en uso de sus potestades soberanas.

En general, no debe hacerse una lista extensa de obligaciones al inversionista, baste eso sí, una redacción sencilla que disponga que un inversor hará su inversión siempre conforme y respetando las leyes del país anfitrión¹¹⁸ y que remarque que el tratado de

¹¹⁴ Información que se encuentra en el portal web de dicha institución. <https://www.cancilleria.gob.ec/ecuador-y-brasil-reavivan-la-relacion-bilateral/>

¹¹⁵ Se sabe eso sí, que ha culminado dicho proceso de negociación y que el documento en cuestión está siendo objeto de análisis en las respectivas cancillerías, como paso previo para activar los procesos legales para su entrada en vigencia. Así lo informó el Ministerio de Relaciones Exteriores en fecha 29 de marzo del 2019 a través del portal web de dicha institución.

¹¹⁶ Aunque bien cabe decirse en la actualidad, este mecanismo por razones de orden sistémico no es de mucho uso. *Vid.*, UNCITRAL Grupo de Trabajo III doc. N° A/CN.9/930/Add.1/Rev 1., Reforma del Sistema de Controversias Inversionistas y Estados, p. 5 párrafo 24 de fecha 26 de febrero del 2018.

¹¹⁷ En efecto, muchos árbitros se citan unos a otros en aras de construir un conjunto consistente de fallos que ayuden darle mejor consistencia al sistema, las razones para hacerlo son: 1) Porque es útil, es decir tiene utilidad de instructivo que los guía para dar soluciones a controvertidos complejos, no tiene sentido no utilizar lo que ya existe; 2) Para ser coherentes, es decir, para estimular un mejor desarrollo del derecho de inversión, además se trata de que el laudo llegue a ser mejor aceptado lo que aumenta el prestigio de los árbitros; 3) Porque las partes esgrimen sus pretensiones en base a fallos previos, de ahí que los árbitros no pueden desatender lo que peticionan y fundamentan los recurrentes; y, 4) Porque el modo de decidir refleja un consenso, es decir ayuda a los árbitros a establecer ciertas directrices para resolver. *Vid.*, Bentolila Dolores “*Hacia una Jurisprudencia Arbitral en el Arbitraje Internacional de Inversiones*” (2012) Anuario Mexicano de Derecho Internacional, Décimo Aniversario, pp. 373-420.

¹¹⁸ El respeto a la normativa interna del Estado receptor de la inversión, implicaría reconocer la existencia de principios que combaten prácticas corruptas, este tema por su extensión y complejidad no se aborda en el presente trabajo, pero se señala en el presente espacio la existencia de ciertos principios inmersos en la materia como, por ejemplo, el principio *nemo auditur propriam turpitudinem allegans* que enseña que no se puede abusar del derecho propio, o la célebre *in pari delicto* que enseña que las obligaciones insertas en un contrato no son exigibles si las dos partes han cometido hechos

inversión no eximen a los Estados ni los inversionistas de cumplir otros compromisos internacionales, pudiendo de ser el caso, aquellos compromisos prevalecer. No obstante lo anterior, el autor de esta tesis cree conveniente realizar la siguiente propuesta, en aras de colmar en algo las demandas expresadas por el Estado ecuatoriano.

3.2.1 La opción del “Marco Ruggie”

Si bien se ha manifestado que no es necesario hacer una lista extensa de obligaciones para el inversor, se debe considerar que esta observación es válida cuando hablamos de inversores en cuanto personas naturales. Esto es particularmente cierto cuando está de por medio algún derecho humano comprometido. Bastaría con estipular que el inversor al momento de hacer su inversión deberá cuidarse de no transgredir derechos humanos y observar todos los instrumentos internacionales que existen a tal efecto, después de todo, no se discute en el mundo jurídico actual que una persona natural (así como el Estado) puede violar derechos humanos.

Mas, para la doctrina, cuando hablamos del inversor en cuanto a empresa la cuestión cambia. Esto se explica por la sencilla razón de que la responsabilidad de una compañía como transgresora de derechos humanos, en especial en una discusión sobre si esta violación se produjo en el marco de una inversión, es cuestión de abierto debate. De ahí que un AII requiera más precisiones sobre el tema.

En ese orden de ideas, Javier Echaide¹¹⁹ advierte que, la Comisión de Derecho Internacional ha sido clara en que las *lex specialis* tanto del “*derecho de inversiones*” como de “*derechos humanos*” si bien tienen sus propias particularidades no pueden ignorarse del todo ni entre sí, ni para con el Derecho Internacional Público en general.¹²⁰

ilícitos, la inclusión de este último genera discusión. Vid, Naranjo Ponce María Gracia. “*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*” (2017) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 9, pp. 48-81.

¹¹⁹ Echaide, Javier, “*Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?*”, 31 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 81-114 (2016). <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-31>.

¹²⁰ Sobre el informe de la comisión vid., Comisión de Derecho Internacional, CDI, “*Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional*” (2006). Informe de la Comisión a la Asamblea General de la ONU en el 58 periodo de sesiones.

Además, la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas dejó sentado que una norma de derecho internacional, puede tener una jerarquía superior si así se establece en un tratado.¹²¹

De ahí que, se ha recomendado que los Estados evalúen las potenciales transgresiones a los derechos humanos, antes de concluir un tratado comercial o de inversión.¹²² Finalmente la razón para ser más detallados en este tema se justifica porque: 1) Los Estados deben evitar verse envueltos en violación a DDHH por su relación con empresas o terceros¹²³ y 2) Porque han existido arbitrajes de inversión que contienen o han contenido controversias íntimamente relacionados con derechos humanos.¹²⁴ Una vez aceptado esto que se acaba de mencionar, hay que recordar que desde hace tiempo atrás,¹²⁵ en el contexto internacional, se ha venido discutiendo sobre si las empresas

¹²¹ *Id.* p. 200.

¹²² *Vid.* Documento de las Naciones Unidas fechado al 18 de julio del 2017: Informe del Grupo de Trabajo “*Los derechos humanos y las empresas transnacionales y otras empresas*” (2017) N° A/72/162. Considérese además el hecho de que el tratado multipartes suscrito entre Ecuador, Colombia y Perú con la Unión Europea ya contiene una denominada “Cláusula de Recisión” o “Cláusula Democrática” que permite supeditar el cumplimiento de dicho tratado comercial al respeto a los derechos humanos, derecho de trabajo o medioambiente, pudiendo suspenderse el acuerdo ante violaciones sistemáticas en dichas materias. Cartilla Informativa Ecuador Unión Europea. Publicación de la Delegación de la Unión Europea en Ecuador Contenido: Sección de Comercio, Delegación de la Unión Europea en Colombia y Ecuador marzo 2017 p. 19.

¹²³ Carneiro M, *et al.* “*Cuaderno-Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos. Puerta de entrada*”, Sustentia Innovación Social, Madrid, 2013, p. 3.

¹²⁴ “Por ejemplo, el derecho humano al agua *ha sido materia de más de doce arbitrajes, diez contra Argentina, dos contra Tanzania y uno contra Bolivia*. A fines de 1999, cuando el gobierno boliviano intentó refinanciar los servicios de agua de su tercera ciudad más grande, Cochabamba, el Banco Mundial instó a que este servicio sea privatizado, motivo por el cual se entregó en concesión la empresa municipal de agua a la inversionista extranjera Aguas del Tunari S.A. , lo que ocasionó un aumento entre el 50% y el 100% en las tarifas de agua; y, la aprobación de la ley boliviana no. 2029 que permitía a la empresa monopolizar todas las fuentes de agua de la ciudad, incluidos pozos y sistemas agrícolas.”, *vid.* Cervantes Valarezo Andres. “*Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y Arbitraje de Inversión*” (2017) Revista Club Español del Arbitraje; Wolters Kluwer España, pp. 81-99.

¹²⁵ Para Esteve Moltó la discusión sobre la responsabilidad de las Empresas con relación a violación de derechos humanos u otras obligaciones de carácter internacional, empezó en los años 70, en la medida que se comenzó a constatar el crecimiento económico de las empresas, superando algunas de ellas el PIB de muchos países, con la creación además de varios organismos con la finalidad de estudiar los efectos directos de las prácticas empresariales en las naciones en el que se desenvolvían, así como el papel que algunas empresas habrían tenido en los derrocamientos de los gobiernos de Allende en Chile, Arbenz en Guatemala y Mossadegh en Irán, entre otros. Esteve Moltó José Elías “*Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar: ¿hacia una responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*” (2011) p. 317.

transnacionales u organizaciones no estatales, deben o no, ser considerados responsables por violaciones a los derechos humanos.¹²⁶

Se llegó a una suerte de consenso que tuvo lugar con la aprobación de lo que se conoce como “*Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos*”¹²⁷ o conocido también como “*El Marco Ruggie*”,¹²⁸ en referencia a la figura del Dr. Jhon Ruggie, quien fue el designado Representante Especial para los Derechos Humanos por el Secretario General de la ONU para la elaboración del documento que se menciona.

Con los auspicios de Ruggie el Consejo de Derechos Humanos aprobó los Principios Rectores en su resolución 17/4, de 16 de junio de 2011.¹²⁹ En el documento en cuestión se establecen responsabilidades a doble vertiente:

1) Para los Estados: Están en la obligación de prevenir, investigar, castigar y reparar cualquier violación de derechos humanos, que se hayan cometido por terceras personas, incluyendo desde luego a las empresas nacionales u extranjeras que actúen dentro de su territorio.

2) Para las Empresas: Deben respetar los derechos humanos, argumento lógico dado que nadie puede irse contra ciertos tipos de normas: normas *ius cogens*, derecho internacional humanitario, orden internacional público y normas *erga omnes*.¹³⁰

¹²⁶ ALSTON, P. 2005. The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-state Actors? En: ALSTON, P. (Ed.). *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, p.3-36. Citado por Bilchitz David “*El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de los derechos humanos de las empresas?*” (2010) p. 209. Publicado en *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*.

¹²⁷ “Podemos entender los Principios Rectores como un conjunto de directrices acordadas por la comunidad internacional, que se materializan en una mayor concreción de normas nacionales, acuerdos internacionales y multilaterales, y que se fundamenta sobre normativas internacionales existentes y prácticas dirigidas a la adecuada protección, garantía y restitución de los derechos de las personas frente a las actividades empresariales.” Carneiro M, *et al.* “*Cuaderno-Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos. Puerta de entrada*”, Sustentia Innovación Social, Madrid (2013) p. 1.

¹²⁸ “*Principios Rectores Sobre Empresas y Derechos Humanos*”. Aprobado por el Consejo de Derechos Humanos, mediante Resolución 17/4, el 16 de junio de 2011.

¹²⁹ Si se desea ver un acercamiento más concreto sobre la elaboración e implicaciones de este instrumento, *vid.* Esteve Moltó José Elías “*Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar: ¿hacia una responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*” (2011), p. 315-349. Artículo publicado en el Anuario español de derecho internacional, vol. 27.

¹³⁰ A más de la publicación de los Principios Rectores, realizado por las Naciones Unidas, en el año 2011, existe, además, la Guía de Interpretación de los Principios Rectores, bajo auspicio de la entidad

En el contexto de los Estados los principios rectores se desarrollan a manera siguiente:

Principio rector 1:

“Los Estados deben proteger contra las violaciones de los derechos humanos cometidas en su territorio y/o su jurisdicción *por terceros, incluidas las empresas*. A tal efecto deben adoptar las medidas apropiadas para prevenir, investigar, castigar y reparar esos abusos mediante políticas adecuadas, actividades de reglamentación y sometimiento a la justicia.” [Cursivas me pertenecen]

Principio rector 2:

“Los Estados *deben enunciar claramente* que se espera de todas las empresas domiciliadas en su territorio y/o jurisdicción que respeten los derechos humanos en todas sus actividades.” [Cursivas me pertenecen]

Principio rector 4:

“Los Estados deben adoptar *medidas adicionales de protección contra las violaciones de derechos humanos cometidas por empresas de su propiedad o bajo su control*, o que reciban importantes apoyos y servicios de organismos estatales, como los organismos oficiales de crédito a la exportación y los organismos oficiales de seguros o de garantía de las inversiones, exigiendo en su caso, *la debida diligencia* en materia de derechos humanos.” [Cursivas me pertenecen]

El deber indiscutido de un Estado de observar los derechos humanos justifica, que se busque extrapolar el primer principio rector en un tratado de inversión. En ese sentido puede estipularse que las medidas que adopten con ese propósito los Estados no se contarán como infracciones al tratado de inversión.¹³¹ Por otra parte, que mejor que extrapolar el principio rector N° 2 a un TBI, en el que se anuncia los que espera el Estado anfitrión de los inversores, sean estos reales o potenciales.¹³²

ya mencionada, publicado al año 2012. Ambos documentos son para los interesados en este tema, de forzosa consulta para entender los alcances de los llamados principios rectores.

¹³¹ “El deber de protección del Estado es una norma de conducta. Por consiguiente, los Estados no son en sí mismos responsables de las violaciones de los derechos humanos cometidas por agentes privados. Sin embargo, los Estados pueden estar incumpliendo sus obligaciones internacionales de derechos humanos cuando se les puedan atribuir esas violaciones o cuando no adopten las medidas adecuadas para prevenir, investigar, castigar y reparar los abusos cometidos por agentes privados.” Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos*” (2011) p. 3.

¹³² “Hay razones políticas de peso para que los Estados de origen expongan claramente que esperan que las empresas respeten los derechos humanos en el extranjero, en especial si los Estados tienen participación en esas empresas o les brindan apoyo. Se trata, entre otras cosas, de asegurar que las empresas se comporten de manera previsible, transmitiéndoles mensajes coherentes, *así como de preservar la reputación del Estado*.” Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos*” (2011) p. 4.

El principio rector N° 4 sobre medidas adicionales¹³³ implicaría que, por ejemplo, una revocatoria de determinada licencia o terminación de un contrato sea vista como una medida adicional de protección, siempre que el inversor no haya demostrado haber actuado con debida diligencia. De tal suerte que en esos casos no se podrá alegar violación a los estándares de protección. Es más, se podría alegar que, a manera de ejemplo, desde la perspectiva del Trato Justo y Equitativo un inversor experimentado o no, debía conocer los alcances de estas disposiciones o haber hecho todas las diligencias para averiguar sobre sus consecuencias. Finalmente, el Estado puede disponer mediante tratado que aquellos actos atribuibles al inversor, que riñan con el espíritu de los principios rectores aquí invocados, producirá que aquella inversión no sea considerada jurídicamente protegida, en relación con el instrumento internacional.

En el contexto de las empresas, téngase como referencia entre los más destacados principios rectores los siguientes:

“Principio rector 13:

La responsabilidad de respetar los derechos humanos exige que las empresas: a) Eviten que sus propias actividades provoquen o contribuyan a provocar consecuencias negativas sobre los derechos humanos y hagan frente a esas consecuencias cuando se produzcan; b) Traten de prevenir o mitigar las consecuencias negativas sobre los derechos humanos *directamente relacionadas con operaciones, productos o servicios prestados por sus relaciones comerciales*, incluso cuando no hayan contribuido a generarlos.” [Cursivas me pertenecen]

“Principio rector 14:

La responsabilidad de las empresas de respetar los derechos humanos se aplica a todas las empresas independientemente de su tamaño, sector, contexto operacional, propietario y estructura. Sin embargo, la magnitud y la complejidad de los medios dispuestos por las empresas para asumir esa responsabilidad puede variar en función de esos factores y de la gravedad de las consecuencias negativas de las actividades de la empresa sobre los derechos humanos.”¹³⁴

¹³³ “Habida cuenta de estos riesgos, los Estados deben alentar y si es preciso exigir la debida diligencia en materia de derechos humanos a los propios organismos y a las empresas o proyectos empresariales que reciban su apoyo. La imposición de un requisito de debida diligencia en materia de derechos humanos resulta en principio más apropiada cuando la naturaleza de las actividades empresariales *o el contexto en el que se llevan a cabo plantean un riesgo importante para los derechos humanos.*” [Cursivas me pertenecen] Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos*” (2011) p. 8.

¹³⁴ Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos Guía para la interpretación*” (2012) p. 22.

“Principio rector 15:

Para cumplir con su responsabilidad de respetar los derechos humanos, las empresas deben contar con políticas y procedimientos apropiados en función de su tamaño y circunstancias, a saber: ...

a) Un compromiso político de asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos;

b) Un proceso de diligencia debida en materia de derechos humanos para identificar, prevenir, mitigar y rendir cuentas de cómo abordan su impacto sobre los derechos humanos;

c) Unos procesos que permitan reparar todas las consecuencias negativas sobre los derechos humanos que hayan provocado o contribuido a provocar.”¹³⁵

El principio rector N° 13 exigiría más que una conducta abstentista de la empresa inversora, es decir, se parte de la premisa de que una compañía puede generar daño o contribuir al mismo, por lo que, desde la perspectiva del derecho de inversiones se esperaría que el inversor obre con diligencia, sea para evitar el daño o para mitigarlo. Bien se puede considerar insertar una disposición análoga en un tratado o acuerdo de inversión.

Bien podría, además, considerarse una disposición similar (o una invocación directa) al principio rector N° 14, que establece que, a efectos de determinar la responsabilidad de las empresas se considerará su tamaño y estructura. Puede verse aquello como una suerte de atenuante,¹³⁶ que desde la perspectiva del hipotético tratado de inversión, se verá como un análisis sobre si el inversor ha hecho lo que se esperaba para beneficiarse de los estándares contenidos en aquel. El principio rector 15 habla de políticas,¹³⁷ debida

¹³⁵ Id. p. 27.

¹³⁶ “Los medios a los que recurra una empresa para asumir su responsabilidad de respetar los derechos humanos serán proporcionales, entre otros factores, a su tamaño. Las pequeñas y medianas empresas pueden disponer de menor capacidad, así como de procedimientos y estructuras de gestión más informales que las grandes empresas, de modo que sus respectivos procesos y políticas adoptarán formas diferentes.” Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos*”, 2011, p. 18.

¹³⁷ “Es relativamente fácil para una empresa decir que respeta los derechos humanos, e incluso puede creer genuinamente que lo hace. Sin embargo, para que esa afirmación tenga legitimidad es necesario que la empresa sepa, y pueda demostrar, que respeta los derechos humanos en la práctica. Para eso es necesario, a su vez, que la empresa haya adoptado determinados procesos y políticas”. Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos Guía para la interpretación*” (2012) p. 27.

diligencia,¹³⁸ y reparación.¹³⁹ Desde una perspectiva de inversiones se podrá discutir si un inversor puede acogerse a un tratado dependiendo de si ha cumplido los dos primeros principios¹⁴⁰ (preferentemente en fase sobre jurisdicción) y el tercero –reparación– en la medida que el tribunal desde la perspectiva del derecho de inversión evalúe si el Estado concedió o no el tiempo adecuado para que la empresa pudiese resarcir el daño o compruebe que el supuesto inversor ha incumplido esta obligación pese a que gozó de oportunidades para hacerlo (Laudo de fondo). Todo cuanto se relata, se resume para los dos involucrados en el principio: “Proteger,¹⁴¹ Respetar¹⁴² y Remediar.”¹⁴³

No obstante, hay un inconveniente: No todos los países, sobre todo los industrializados, demuestran afinidad con el documento al cual se hace referencia, eso hace que ese instrumento en realidad no tenga aún fuerza vinculante.

Cree el autor de este trabajo, sin embargo, que hay una forma de sortear este obstáculo. Que los países que apoyan los principios rectores, recojan al menos sus aspectos esenciales en los tratados de inversión que negocien entre sí. De tal forma que más allá de la discusión de si el tratado es mera recopilación de la costumbre o no, la sola práctica de incorporar estos principios en tratados, y de hacerlos respetar, pueda considerarse como generadora de costumbre, que hay una *opinio iuris* que otorgue fuerza

¹³⁸ “Se ha definido la diligencia debida como la medida de prudencia, actividad o asiduidad que cabe razonablemente esperar, y con la que normalmente actúa, una [persona] prudente y razonable en unas circunstancias determinadas; no se mide por una norma absoluta, sino dependiendo de los hechos relativos del caso en cuestión”. Black’s Law Dictionary, 6th ed. (St. Paul, Minnesota, West, 1990). Citado en “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos Guía para la interpretación*” (2012), p. 7.

¹³⁹ En realidad, esto es más una obligación para el Estado de proveer medios eficaces para acceder a vías eficaces de reparación (principio rector 25), sin perjuicio de que las empresas establezcan mecanismos de reclamación eficaces (principio rector 29). Es interesante anotar además que el principio rector 28 establece obligación de los Estados de facilitar mecanismos de solución no estatales, lo que hace preguntarse si se abre una puerta al arbitraje, en este caso.

¹⁴⁰ Considérese además que, por debida diligencia, se entiende el deber de las empresas “calibrar” los riesgos de sus acciones (principios rectores 17 y 18), y deben hacerlo de forma continua. Naciones Unidas “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos*” (2011) pp. 20-24.

¹⁴¹ Obligación impuesta al Estado: “...*el deber de los Estados de proteger los derechos individuales frente a abusos cometidos por actores no-estatales...*”, vid. Bilchitz David “*El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de los derechos humanos de las empresas?*” (2010) p. 213.

¹⁴² Obligación que atañe a las empresas. Vid. Bilchitz David “*El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de los derechos humanos de las empresas?*” (2010) p. 213.

¹⁴³ Esta última obligación consiste en que deben existir mecanismos de reparación en casos de violación de los derechos humanos, Vid. Bilchitz David “*El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de los derechos humanos de las empresas?*” (2010) pp. 213-2014.

vinculante al “Marco Ruggie” (o algunos de sus principios rectores) dentro de los tratados de inversión.

Otro punto que puede discutirse es que el principio rector N° 16 establece que para que los principios rectores sean aceptados por las empresas, debe mediar una declaración expresa por parte de estas, la cual debe ser aprobada por los altos directivos de la empresa, sobre la base de asesoramiento especializado. Dicha declaración debe establecer lo que la empresa espera en relación con los derechos humanos, debe hacerse pública y quedar reflejada en las políticas y los procedimientos relacionados. No considera el autor aquella disposición como un obstáculo insalvable, en razón de que los Estados no necesariamente aludirán al “Marco Ruggie” de forma expresa, bien pueden simplemente extrapolar de forma implícita la inteligencia del enfoque contenidos en los principios rectores.

No obstante, si lo hace de manera explícita, bien puede estipularse en el tratado que al invocar un inversionista el instrumento internacional, se entenderá que, al momento en que hizo la inversión, aceptó su vinculación con los principios rectores y que cumplió en su momento con el deber de asesorarse debidamente.

Lo que se anota en el párrafo anterior no podrá entenderse como una forma de subrogación del consentimiento del inversionista por dos razones: 1) Porque el inversor siempre será libre de acogerse e invocar el tratado o no y con ello sus consecuencias y 2) Porque el respeto, reconocimiento y garantía de los derechos humanos son obligaciones erga omnes.¹⁴⁴ Es decir, todas las personas e instituciones debemos acatarlas, independientemente de si hemos aceptado ser destinatarios de la norma o no.

En ese contexto, se debe considerar que el “*Marco Ruggie*” no ha creado nuevas normas de derecho internacional ni de derechos humanos, simplemente incentiva a los involucrados a respetar la normativa sobre derechos humanos ya existentes.¹⁴⁵ Por tanto,

¹⁴⁴ Recordemos que la exigencia de respeto a los derechos humanos es establecido como universal en el artículo 55 de la Carta de las Naciones Unidas firmada en la ciudad de San Francisco el 26 de junio de 1945. Carta de las Naciones Unidas. Disponible en: <http://www.un.org/spanish/aboutun/charter/>.

¹⁴⁵ Ello explica porque los principios rectores imponen al Estado el deber de hacer respetar su normativa interna sobre la materia. Considérese como normativa interna incluso los convenios internacionales que una vez ratificados pertenecen al ordenamiento jurídico de un país.

no se está exigiendo al inversor (empresa) otra cosa que respetar el orden legal imperante.¹⁴⁶

La inclusión del “*Marco Ruggie*” (sea de forma implícita o explícita) generaría más claridad en las disposiciones de los tratados, y se establecería (para el caso de las empresas) obligaciones claras, aliviando en algo la asimetría obligacional que distinguen a los AII existentes.

3.3. La cláusula de la nación más favorecida: su futuro en los tratados de inversión, consecuencias de la posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano

La posición crítico evolutiva del Estado ecuatoriano ha generado Varias consecuencias. Una de ellas ya ha sido advertida cuando hablamos de los contratos de inversión y la manera, quizá demasiado generosa, en cómo se redactó la Ley Orgánica de Fomento productivo. Se sostiene además, que esta posición crítico evolutiva dejó otra gran damnificada: La cláusula de la nación más favorecida.¹⁴⁷

Por la relevancia de la cláusula, es perentorio dejar este tema al final, como una observación modesta de lo que no se debe hacer y cuáles son las actuales opciones.

En este orden de ideas, conviene recordar que la Procuraduría General del Estado no fijó una postura clara al respecto, criticó eso sí, el uso de estándares y no de reglas. Dicha postura no convence.

Y no lo hace, porque sostener simplemente que los estándares son conceptos provenientes del mundo jurídico anglosajón y restarle méritos por ello, es una postura que no se concilia en el contexto de globalización actual, y aducir que ha fracasado basándose en la cita de un solo autor parece aventurado. Ya que si admitiésemos el sistema de reglas propuesto por la PGE, bajo el argumento de que se concilia más con nuestra vertiente

¹⁴⁶ Vid. Esteve Moltó José Elías “*Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar: ¿hacia una responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?*” (2011) p. 329.

¹⁴⁷ Y como se verá más adelante, la posición del Ecuador en el contexto internacional y la cláusula de supervivencia tampoco salen indemnes.

romanista, no faltaría un país de raíz anglosajona que posiblemente lo rechace aduciendo ser ajeno a su cultura.

El Informe Ejecutivo CAITISA demostró una postura crítico evolutiva más clara, radical y como se verá más adelante, contraproducente. Esto se verificó, no cuando propuso eliminar la cláusula NMF de los TBIs o limitar su alcance, sino cuando planteó iniciar el proceso de denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión si.

Debemos en primer lugar determinar qué postura debemos escoger, esto es, si la que consta en el Informe Ejecutivo CAITISA, la que reflejó la Procuraduría General del Estado en el libro de su autoría; o, las expuestas por la UNCTAD y que han sido reseñadas en este trabajo. Se sostiene *prima facie*, que entre las dos primeras, debe primar la posición de la Procuraduría General del Estado, dado que, la PGE tiene una amplia experiencia en la defensa internacional del Estado ecuatoriano¹⁴⁸ sobretodo en litigios arbitrales surgidos con base a los TBIs. Sus formulaciones, además, han sido compartidas en foros internacionales como se mencionó anteriormente en el presente trabajo.

Ahora bien, se advirtió en su momento que la Procuraduría General del Estado no hizo una crítica concreta a la cláusula y que, ese silencio debía ser objeto de una interpretación. Pues bien, la interpretación que se estima pertinente es que, a causa de ese silencio y en razón de los desatinos de enfoque advertidos en el Informe Ejecutivo

¹⁴⁸ A más de las funciones que le han sido indicadas en su oportunidad, considérese que la PGE tiene dentro de su estructura orgánico funcional una Dirección Nacional de Asuntos Internacionales y Arbitraje, la cual dentro de las funciones conferidas por el Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado que en su artículo 21 destacan:

“1. Planificar, coordinar y supervisar la defensa de los intereses del Estado ante los organismos internacionales de cualquier naturaleza, exceptuando aquellas que versen sobre derechos humanos...
3. Planificar, coordinar y supervisar la defensa de los intereses del Estado en los arbitrajes nacionales e internacionales.
4. Patrocinar la defensa de los intereses del Estado y sus instituciones en los arbitrajes nacionales e internacionales, en las causas que deba intervenir la Procuraduría General del Estado; por lo tanto, intervendrá en las audiencias y más diligencias o trámites que se requieran e interpondrá de manera oportuna los recursos que fueren necesarios para el ejercicio del patrocinio nacional e internacional.
7. Supervisar los procesos arbitrales, para la adecuada defensa de instituciones del Estado que tengan personería jurídica o personas jurídicas de derecho privado que cuenten con recursos públicos, sin perjuicio de promoverlos o de intervenir como parte en ellos, en defensa del patrimonio nacional y del interés público.” Fuente Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado art. 21.

CAITISA y en los que ahondaremos en breve, todas y cada una de las opciones propuestas por la UNCTAD están *prima facie* en el escenario.¹⁴⁹

Por otro lado, el Informe Ejecutivo CAITISA nos ha planteado un serio problema cuando propuso (y se aceptó), proseguir con el proceso de denuncia de los TBIs de forma poco meditada y apresurada, dado que muchos TBIs tienen lo que se llama la **cláusula de supervivencia**.

Una cláusula de supervivencia es, en una descripción sencilla, aquella que permite que un TBI siga vigente luego de la denuncia del tratado, a efecto de que, las inversiones realizadas con anterioridad a la denuncia queden protegidas y no en un margen de incertidumbre. El propio Informe Ejecutivo CAITISA lo indicó:

“La cláusula de supervivencia o remanencia, es aquella disposición convencional que determina la continuación, por un tiempo determinado, de las obligaciones de los Estados parte de un TBI, en referencia a las inversiones realizadas en el territorio de estos países con anterioridad a la denuncia del TBI. Esta cláusula tiene por objeto extender el régimen de protección que otorga a la inversión extranjera un TBI, pese a la denuncia del mismo, por un tiempo determinado convencionalmente por los países que suscribieron dicho acuerdo.”¹⁵⁰

Dicho informe advirtió que la cláusula de supervivencia, tiene naturaleza autónoma,¹⁵¹ por tanto, se colige que la sola denuncia y terminación del tratado no afecta su vigencia y eficacia. La lógica es simple, si la cláusula de supervivencia no fuese autónoma, sería fácil burlarla (evadiendo con ello el tratado y el fin intrínseco de la cláusula de supervivencia), bastando aplicar un proceso de denuncia. Es llamativo que el Informe Ejecutivo CAITISA, recomendase la denuncia de los TBIs, sin considerar al otro Estado contratante y a sabiendas de los riesgos que representaba. Aquel informe criticó a la cláusula de supervivencia en los términos siguientes:

¹⁴⁹ Silencio que podría explicarse, además, porque Ecuador parece no haber tenido, en procesos arbitrales, mayores desventajas con relación a esta cláusula. En todo caso, quien desee acceder a una lectura rápida sobre el tratamiento que la CNMF ha recibido por parte de los tribunales arbitrales, *vid.* Figueroa Keneth Juan “*La jurisprudencia de la cláusula de la nación más favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente*” (2013) p. 297-325. Publicación del Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.

¹⁵⁰ Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “Informe Ejecutivo CAITISA”, 2017, p. 26.

¹⁵¹ En el informe Ejecutivo CAITISA, sobre la cláusula de supervivencia a página 26 expresa: “*Su particularidad reside en el hecho de que entra a jugar como cláusula autónoma, como fuente de obligaciones internacionales convencionales que subsisten en la carga del Estado, aun cuando ha terminado el tratado.*”

“Podría ser comprensible que, en el contexto en que se firmaron los TBI, y en el afán de otorgar un nivel aceptable de seguridad jurídica a las inversiones realizadas antes de la denuncia de un tratado, las partes estipulen medidas de protección durante la transición a un régimen de protección de inversiones diferente a la modalidad de los TBI. Lo que resulta incomprensible es, junto con la amplitud de las condiciones de los TBI, la cantidad de años de la mayoría de cláusulas de remanencia, tiempo en el cual podrían contravenir tanto el ordenamiento jurídico nacional, cuanto las políticas públicas implementadas por el Gobierno, *limitando la capacidad del Estado a decidir sobre su política económica, financiera o tributaria.*”¹⁵²

Paradójicamente, pese advertir el Informe CAITISA los efectos de dicha cláusula, y a sabiendas de su carácter autónomo, al recomendar el proceso de denuncia sin más y sin una negociación, lo único que provocó es precisamente activar dicha cláusula y con ello **comprometer los planes de desarrollo del Estado.**

Lo más grave de todo esto, es que el Informe CAITISA reconoció que la Corte Constitucional advirtió, en su momento, que los procesos de denuncia estaban ligados a la cláusula de supervivencia, pero calificó el posicionamiento de la Corte Constitucional como “*una aseveración y no un análisis.*”¹⁵³ Y en todo caso, deslizó CAITISA una hipotética responsabilidad en este tema hacia aquella Corte Constitucional,¹⁵⁴ por el solo hecho de que esta expresó su parecer en derecho. Sin embargo, desde el punto de vista del autor, la Corte acertó.

Ecuador terminó con una mayor supervivencia de los TBIs denunciados, esto a pesar de que se los estima anacrónicos y desfasados.

CAITISA no reparó en un aspecto relevante de la cláusula de remanencia y es que, cuando se la aplica, se entra en un proceso no previsto ni siquiera en la Convención de Viena sobre Derechos de los Tratados, el cual dispone en su artículo 54 literal a) que, un

¹⁵² Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones “*Informe Ejecutivo CAITISA*”, 2012, p. 26.

¹⁵³ Id., p. 27.

¹⁵⁴ El Informe Ejecutivo CAITISA a página 27 indica: “*Dado que los dictámenes de la Corte Constitucional pueden corresponderse con actos de un órgano del Estado, el razonamiento de la Corte Constitucional podría ser invocado por otro Estado para reivindicar la aplicabilidad y autonomía de la cláusula de supervivencia.*” Con ello consolidó no solo un total desconocimiento de la Cláusula de Supervivencia, sino que no guardó la debida deferencia hacia esta importante entidad del Estado.

tratado termina con la denuncia, este hecho le confiere a esta cláusula un rasgo sui generis.¹⁵⁵

Si el Estado ecuatoriano hubiese obrado con más prudencia y más rigor analítico, habría advertido las enseñanzas de otros países. Así, por ejemplo, que en algunos procesos de denuncia de tratados de Inversión las partes suscriptoras del acuerdo prefirieron negociar como neutralizar los efectos de la cláusula o acortar el tiempo de remanencia, para luego de ello, proceder con el proceso de denuncia en sí.¹⁵⁶

O se habría advertido que, la sola negociación en ciertos casos neutraliza la cláusula de remanencia; o, por el contrario, que esta fue diseñada para activarse en casos de denuncia unilateral, precisamente para animar a los Estados a ir por la vía del acuerdo y no de la unilateralidad.¹⁵⁷

Con la posición de CAITISA, desalentó al Ecuador a llevar procesos de previa renegociación, la falta de tino diplomático incentivó a los demás Estados contratantes a acogerse al silencio, a sabiendas que con ello se activaba la cláusula de remanencia y quizá a futuro estarían en una mejor posición para negociar, porque las urgencias de contar con tratados más acordes al mundo actual están -quizá- de nuestro lado.

El problema de esto con relación a la cláusula de la nación más favorecida es que de insertarse aquella en un nuevo TBI, el inversor se podría acoger a los mismos instrumentos anacrónicos que, sin reparo se denunciaron pero que, por los efectos de la cláusula de remanencia aún siguen vigentes.¹⁵⁸ O bien puede suceder lo contrario: Que

¹⁵⁵ López Córdova Gabriel “*Efectos jurídicos de la cláusula de remanencia luego de la denuncia de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones*” (2017). Repositorio de la Universidad de las Américas pp. 18-23

¹⁵⁶ Según Titi Catharine, este fue el camino seguido por República Checa con Dinamarca, Italia, Malta y Eslovenia, Argentina con Indonesia en 2016, en tanto que Australia y Chile acordaron disminuir el tiempo de remanencia de 15 años a 3. Vid. Titi Catharine ‘*Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law*’. Journal of International Arbitration 33, no. 5 (2016) pp. 436-437 © 2016 Kluwer Law International BV, The Netherlands.

¹⁵⁷ Id., pp. 437-438.

¹⁵⁸ En ese contexto, Titi Catharine a página 439 de la obra citada propone un hipotético interesante: Que se utilice la cláusula de la nación más favorecida del viejo tratado para extender la cláusula de supervivencia contenida en nuevo tratado, de tal forma que el tratado base que se estima desactualizado sobreviviría más tiempo que el inicialmente estimado (por la Cláusula de Supervivencia en sí.), constituyendo un serio desafío al derecho a regular (vía tratado) de los Estados. A juicio del autor de

los beneficiarios de los anteriores tratados de inversión, exijan por esta vía beneficiarse del nuevo TBI.¹⁵⁹ De ahí que no extrañe que autoras como Laura Ghitti sostenga que, por sus efectos, la cláusula de la nación más favorecida es una suerte de llave maestra, quien la tiene puede abrir puertas que, en un primer momento, se encontraban cerradas.¹⁶⁰

Para dimensionar la complejidad de la problemática, la autora ya citada advierte que el uso de la cláusula de la nación más favorecida es en extremo controvertida, advirtió que cuando se disputó o no su aplicación en un total de 25 controversias de inversión, 13 laudos fueron favorables a su aplicación, mientras que, 12 asumieron la posición contraria.¹⁶¹

Los problemas inherentes a insertar la cláusula de la nación más favorecida son conocidos, y no solo cuando se la liga con la cláusula de supervivencia. Así, por ejemplo, para Gabriela Rivadeneira Chacón, en ciertas circunstancias este estándar relativo de protección viola el consentimiento de los Estados en el Arbitraje, sobre todo, cuando se buscan mecanismos o normas de solución de controversias no previstos en el tratado base; o, cuando se trata de importar estándares sustantivos no contemplados en el instrumento originario.¹⁶²

A Catherine Titi tampoco le son indiferentes los efectos de la CNMF, para la ya citada tratadista, dicha cláusula puede obstaculizar los proyectos de reforma que se persiguen en

la presente tesis, aquel supuesto escenario debe contemplar – y extrapolarse- lo decidido en *TECMED vs México*, en el sentido de que las cuestiones temporales contempladas en un acuerdo son consideradas centrales dentro de un proceso de negociación, y que por tanto, la cláusula de la nación más favorecida no puede perjudicar tales acuerdos. Ahora bien, es cierto que la discusión de la temporalidad en aquel caso difiere del supuesto de Titi Catharine, no obstante lo central de la idea podría servir. Vid. Caso CIADI N° ARB (AF)/00/02 *Técnicas Medioambientales Tecmed S.A. vs Los Estados Unidos Mexicanos*, laudo del 29 de mayo de 2003.

¹⁵⁹ En ese contexto, cabría preguntarse si, al invocar un tratado preexistente los beneficios contenidos en un nuevo tratado, no está la CNMF contribuyendo en algo a que ese instrumento de anterior data se modernice.

¹⁶⁰ Ghitti Laura. “*La extensión de la cláusula nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión*” (2015) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8 p. 122. Editora Jurídica Cevallos.

¹⁶¹ *Id.*, p.123.

¹⁶² Vid. Rivadeneira Chacón Gabriela “*¿En qué medida la cláusula de la nación más favorecida viola el consentimiento del estado receptor de una inversión para someterse al arbitraje y por qué?*”, (2018). Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito.

un AII. Los riesgos son notorios, sobretodo en la fase de pre-establecimiento o cuando se redacta esta cláusula de forma amplia y vaga.¹⁶³

Resumiendo, un nuevo TBI que incluya la cláusula de la nación más favorecida, podría lidiar con las falencias de los TBIs de primera y segunda generación que se denunciaron, pero que siguen vigentes, en razón de la cláusula de supervivencia, por no examinarse en su debida oportunidad la opción de renegociación.¹⁶⁴ Pero además, la CNMF también, de forma independiente, plantea desafíos. Por ello, las opciones de la UNCTAD al caso ecuatoriano se reducen a:

Excluir definitivamente la cláusula de la nación más favorecida de los TBIs, esto a cuenta y riesgo de hacer menos atractiva la oferta contenida en un tratado para un inversionista; o,

Incluirla con el limitado alcance: 1) Solo se admitirá para los nuevos tratados con relación al tratado base; y, 2) Los Estados, si así lo consideran, podrán limitarlo aún más, en función de ciertas materias, consideradas como sensibles.

Sobre el primer punto, no se demuestra cómo, aún eliminándose la cláusula, se satisface el deseo del inversor de no perder una posición de preferencia con respecto a otros inversores del mismo ramo; o, que no se generarán asimetrías de competencia con los mismos.

Siendo más claros, el argumento realmente fuerte para eliminar la cláusula NMF lo expuso a su debido momento la UNCTAD, cuando indica que raramente los Estados discriminan entre extranjeros, más allá de acuerdos preferenciales o económicos con socios estratégicos, además que la CNMF opera en un contexto distinto en el ámbito comercial que en el de inversiones.¹⁶⁵

¹⁶³ Vid, Titi Catherine 'Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law'. Journal of International Arbitration 33, no. 5 (2016): 425-440. © 2016 Kluwer Law International BV, The Netherlands.

¹⁶⁴ O como lo expresa Titi Catherine la CNMF anula las opciones de reforma, en tanto que la Cláusula de Remanencia las retrasa. Vid., Titi Catherine 'Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law'. Journal of International Arbitration 33, no. 5 (2016) pp.439-440.

¹⁶⁵ UNCTAD "Most-Favoured Nation Treatment: A Sequel", 2010, pp. 113-114.

Es lícito discrepar, el hecho de que los Estados rara vez discriminen entre extranjeros no excluye la posibilidad de que en efecto así suceda. De ahí que la cláusula de la nación más favorecida cubra esas fisuras que podrían darse en la aplicación del acuerdo. De hecho, la cláusula de la nación más favorecida es similar a la cláusula de trato nacional, ambas buscan desde ángulos muy distintos pero con casi idéntico enfoque, paliar las asimetrías en el trato a una inversión. Si *Parkerings vs Lituania* destacó las similitudes entre ambos estándares, de parte del autor de esta tesis se deja señalada su complementariedad.¹⁶⁶

Finalmente, se deja sentado que si bien la CNMF opera en de forma muy distinta en el contexto comercial a diferencia del derecho de inversiones no es menos cierto que no toda pretensión basada en este estándar ha sido exitosa. Los Estados han salido victoriosos en muchos casos, clarificándose con ello las reglas de juego que dimanen de un AII.¹⁶⁷

En vista de lo anterior, el autor del presente trabajo sostiene que la segunda mejor alternativa a eliminar la cláusula es limitarla.¹⁶⁸

Pero previamente, se debe considerar que, en primer lugar hay que diferenciar entre una exclusión de una reserva, en ese contexto, una exclusión requiere una negociación directa con la contraparte contratante, ya que generalmente atacan a una parte importante de un TBI, o los derechos sustantivos contenidos en ellas, mientras que una reserva, si bien se da en un contexto de negociación, es ante todo un acto unilateral de un Estado.¹⁶⁹

¹⁶⁶ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, laudo del 11 Septiembre de 2007. Citado por la UNCTAD “*Most-Favoured Nation Treatment: A Sequel*”, 2010, p. 64.

¹⁶⁷ Para un recuento de laudos positivos o negativos en cuanto a la aplicabilidad de la cláusula Vid., Rivadeneira Chacón Gabriela “*¿En qué medida la cláusula de la nación más favorecida viola el consentimiento del estado receptor de una inversión para someterse al arbitraje y por qué?*”, (2018). Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito.

¹⁶⁸ De hecho, se han observado tendencias en este sentido: “Actualmente la mayoría de los TBIs vigentes tiene una cláusula NMF. En principio la aplicación de cláusulas NMF previstas en los TBIs no está sujeta a condiciones y se aplica de manera recíproca. Ellas pueden prever excepciones y reservas. En particular, las cláusulas pueden excluir del trato NMF los privilegios que los Estados concedentes reservan a terceros Estados en razón de su participación o asociación a zonas de libre comercio, unión aduanera o mercado común”. Ghitti Laura “*La extensión de la cláusula nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión*”, 2015, Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8 p. 126.

¹⁶⁹ UNCTAD “*Cómo Preservar la flexibilidad los AII: El uso de Reservas*”, 2006, pp. 18-19.

Por otra parte, la posición de la UNCTAD es más flexible, pues admite el uso de reservas precisamente para permitir que un TBI no pierda atractivo ante un inversor, pero al mismo tiempo, que se respeten las opciones de política que tienen los Estados para sí.¹⁷⁰

Una vez aclarado este particular, podemos empezar a desentrañar las razones de insertar en un nuevo TBI una versión más acotada de la CNMF, con las reservas que, a su momento, se estimen pertinentes.

Ya hemos manifestado que, aunque rara vez pueda suceder, los Estados sí pueden discriminar entre extranjeros sin justificación y hemos añadido que la CNMF cumple una función de complementariedad con la cláusula de trato nacional, por ende suprimir la NMF equivaldría a “mutilar” esa interacción dado que ambos estándares persiguen similar objetivo. Es decir, la no discriminación.

Pero este no puede ser el único argumento para salvaguardar el futuro de la cláusula de la nación más favorecida. De hecho, el verdadero argumento para mantenerla radica en su atractivo intrínseco, la idea de no perder una posición de preferencia y de tener la seguridad de no ser discriminado, es atractiva para un inversor.

Tan atractiva es la idea que radica en la esencia de la cláusula de la nación más favorecida que, precisamente por ello, se la extrapoló del mundo comercial al de inversiones.

Tan poderosa es la noción de no ser discriminados que, la idea de favorabilidad es tenida en cuenta, por ejemplo, cuando hablamos de derechos humanos, en el que se tienen

¹⁷⁰ La UNCTAD en el libro ya citado, lo estratificó a manera siguiente: “*La formulación de reservas en los acuerdos internacionales de inversión (AII) es una técnica fundamental para equilibrar la flexibilidad de las autoridades nacionales con las obligaciones en el terreno de la inversión, especialmente en el caso de los países en desarrollo.*” p. 1.

consagrados principios como el pro-persona, en el campo laboral el principio pro-operario, y en el ámbito penal el principio pro-reo.¹⁷¹

Puede alegarse que -como señala la UNCTAD- la idea de no discriminación de la CNMF no descansa necesariamente en los principios del derecho internacional, sino que la CNMF tiene un origen convencional. Si bien el señalamiento es certero, eso no anula el atractivo de la cláusula. Para el autor de estas líneas, aquella afirmación formulada por la UNCTAD obedece a razones de pragmatismo, es decir, permitir a los Estados que puedan en base a razones de orden público otorgar un “trato diferenciado”. Es más, aún dentro de las potestades para discriminar por parte de los Estados, aquellas no son absolutas.¹⁷²

Tan relevante es el fin que persigue la CNMF, que incluso fue objeto de un proyecto de artículos específico, es cierto que el mismo no se cristalizó, pero ilustra cuan magnético es el propósito que la justifica.¹⁷³

De hecho, la cláusula de la nación más favorecida también tiene cabida en nuestro derecho comunitario andino,¹⁷⁴ así como ha sido analizada aunque de forma epidérmica, en el contexto de propiedad intelectual y patentes.¹⁷⁵ Si bien estas son áreas ajenas al derecho de inversiones, por lo que no abundaremos en estos temas, sirven para ilustrar lo

¹⁷¹ Vid. Castañeda Mireya “El principio Pro-Persona Experiencias y Expectativas” ,2018, p. 24. Comisión Nacional de los Derechos Humanos Periférico Sur 3469 Ciudad de México. Segunda Edición.

¹⁷²UNCTAD “*Most-Favoured Nation Treatment: A Sequel*”,2010, pp. 22-23.

¹⁷³ *Id.*, pp. 11-12.

¹⁷⁴ Vid, Sentencia del Tribunal de Justicia de la Comunidad Andina expedida dentro del proceso N° 53-AI-99 de fecha 14 de marzo del 2001, en el que se refiere al artículo 155 del Acuerdo de Cartagena que explícitamente establece la CNMF en el ordenamiento jurídico andino. De igual manera considérese la célebre Decisión 598 expedida por el Consejo Andino de Ministros de Relaciones Exteriores en Reunión Ampliada con la Comisión de la Comunidad Andina en fecha 11 de julio de 2004, y publicada en la Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 1092 de fecha 16 de julio de 2004, documento que en su artículo 5 de forma mandatoria exige extender la CNMF a terceros países con los que individual o colectivamente se negocien acuerdos comerciales. Sobre este último punto, vale añadir que el Acuerdo Multipartes celebrado con la Unión Europea hace expresa referencia a la Decisión 598, vale matizar además, que si bien este último instrumento es un acuerdo comercial, tiene dentro de aquel un acápite sobre inversiones. El acuerdo con la Unión Europea se publicó en un primer tomo mediante Edición Especial en el R.O 808 del 23 de diciembre del 2016.

¹⁷⁵ Vid. Documento OMPI/ACAD/HAV/00/2(i) de fecha 21 de marzo del 2000.

arraigada que está la noción de favorabilidad y no discriminación en el contexto general del derecho.

Ahora bien, reconociendo que, la idea de favorabilidad y no discriminación son conceptos que pueden ser entendidos por legos y no legos del derecho, no es menos cierto que este estándar relativo de protección no puede redactarse de forma vaga o imprecisa, necesita reposar sobre premisas firmes. Solo con ello, podremos satisfacer las demandas reflejadas por el Ecuador en el transcurso de su posición crítico evolutiva.

Lejos está la discusión sobre si la CNMF era en si misma contingente, es decir, carente de significado hasta que se la invoque en relación con otro tratado.¹⁷⁶ Por el contrario, al menos en el derecho de inversiones esta debe contener un alcance preciso para evitar interpretaciones extensivas.

En efecto, pareciera ser que, cuando se extrapoló la cláusula de la nación más favorecida al derecho de inversión, se lo hizo o vaciándola de contenido uniforme, o redactándola sin condicionamiento de reciprocidad. Esto último, es algo que ni el derecho matriz de la cláusula (el comercial) hizo, recordemos que la CNMF estuvo en sus inicios sujeta a condiciones.¹⁷⁷

Zachary Douglas sigue una corriente de pensamiento asimilable a la expuesta en el párrafo precedente. Para este referente del derecho de inversiones, la cláusula de la nación más favorecida ha de ser entendida de la siguiente forma:

“Una reclamación por tratamiento NMF asegura el tratamiento representado por el tercer tratado, no efectúa la incorporación automática de los términos del tercer tratado en el tratado básico antes de que el inversionista presente su reclamación. Además, para que el inversionista pueda presentar una reclamación de tratamiento de

¹⁷⁶ Vid. Segundo Informe de Sir. Endre Ustor “Cláusula de la Nación Más Favorecida” ,1970, pp. 213-262 documento A/CN.4/228 Y ADD.1. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

¹⁷⁷ En efecto, en sus inicios la cláusula se la redactaba solo con relación a ciertas naciones, progresivamente se fue ampliando pero sujeta a condiciones de reciprocidad. *Vid.* Primer Informe de Sir. Endre Ustor “Cláusula de la Nación Más Favorecida” ,1969, pp. 165-195 documento A/CN.4/228. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

NMF, primero debe aceptar la oferta permanente de arbitraje internacional de acuerdo con los términos del tratado básico y, en ese momento, existe un acuerdo de arbitraje.”¹⁷⁸

Para Douglas, el error obedece a una mala copia de la cláusula de la nación más favorecida, error que empieza - a su parecer- con una mala referencia que hizo el tribunal que avocó el caso *Maffezini vs el Reino de España* del caso *Ambatielos*. Para este tratadista, jamás el fallo *Ambiatelos* trató cuestiones procesales, sino una discusión sustantiva de denegación de justicia.¹⁷⁹

De ahí en adelante, Douglas advierte una serie de digresiones, por ejemplo, que se homologue un reclamo sobre aspectos sustantivos de un tratado con el arbitraje, cuando este último incluso es visto como un contrato autónomo en razón del principio de separabilidad, de forma que, se produce el irrespeto a la consagrada distinción entre obligaciones sustantivas de las procedimentales.¹⁸⁰

Una cláusula de nación más favorecida según este autor, no puede servir para reescribir un tratado del cual el inversor no es signatario.¹⁸¹

Pero estas críticas han de entenderse como razones para restringir la CNMF no para excluirla. Para ello, en primer lugar, sale en defensa los precedentes arbitrales que establecen por qué no caben lecturas amplias de este estándar.

Concretamente el caso *Telenor vs Hungría*, da buenas razones para no dar a la cláusula de la nación más favorecida un efecto extensivo. Si bien la discusión se centró en torno a lo jurisdiccional, en realidad puede enfocarse como una forma de optimizar el uso de la cláusula evitando empleos laxos o generales.

Aquel tribunal sostuvo que, en virtud del artículo 31 de la Convención de Viena que prevee la obligación de interpretar un tratado de buena fe, no es posible traspasar el texto

¹⁷⁸ Zachary Douglas “The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off The Rails” 2011. *Journal of International Dispute Settlement*, Vol. 2, No. 1.

¹⁷⁹ *Id.* pp. 101-102.

¹⁸⁰ *Id.* p. 103.

¹⁸¹ *Id.* p.105.

en si del tratado básico, que darle una interpretación amplia de la cláusula solo podría fomentar una “*compra de tratados*”, generando con ello incertidumbre; y, que por tanto, se deberían respetar las limitaciones propias del tratado base que han sido acordadas por los Estados.¹⁸²

Pero no es el único laudo del cual puede extraer ideas el Estado ecuatoriano, para dar un sentido y alcance razonable al uso de la CNMF al insertarla en un tratado de inversión.

En efecto, como anota la UNCTAD sobre el ya citado caso *Parkerings vs Lituania*, en aquel caso se dictaminó que el trato discriminatorio, que habilitaría la aplicación de la cláusula, ha de ser irrazonable o carente de proporcionalidad, que no encontrara justificación objetiva en casos similares.¹⁸³

El Ecuador salió avante en el caso CIADI N° ARB/03/6, en cuyo laudo se rechazaron las pretensiones de *Power Group LC y Newturbine Inc.*, en el que pretendieron los demandantes la modificación temporal del tratado básico para dar cobertura a situaciones que se dieron con anterioridad a la vigencia del tratado base. Una lección clara de cómo la República puede acotar la CNMF solo respecto de los hechos que guarden relación temporal con la obligación internacional.¹⁸⁴

Puede la República examinar si el fallo dado en el caso *Bayindir vs Pakistan* es un buen referente para ser considerado en un futuro tratado de inversión, por cuanto el tribunal de ese caso, acotó que la similitud y comparación deben darse en función de las circunstancias contractuales; o, si lo prefiere el Estado (alejándose sutilmente de aquel

¹⁸² Telenor Mobile Communications A.S. S.p.A. c. La República de Hungría. Laudo. Caso CIADI No. ARB/04/15, ¶ 92. Citado por Rivadeneira Chacón Gabriela “*¿En qué medida la cláusula de la nación más favorecida viola el consentimiento del estado receptor de una inversión para someterse al arbitraje y por qué?*”, (2018), pp. 39-49 Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito.

¹⁸³ *Parkerings-Compagniet AS v. Republic of Lithuania*, Caso CIADI No. ARB/05/8, laudo del 11 Septiembre de 2007. Citado por la UNCTAD “*Most-Favoured Nation Treatment: A Sequel*”, 2010, pp. 27-28.

¹⁸⁴ M.C.I. *Power Group L.C. y New Turbine, Inc. vs. República of Ecuador*, Caso CIADI No. ARB/03/6, Laudo del 31 Julio de 2007.

laudo), en función de las circunstancias del tratado para evitar que una disputa contractual escale como una obligación internacional.¹⁸⁵

El propio laudo de *Maffezini vs el Reino de España* que como hemos visto ha sido criticado por Douglas, dejó sentado que la aplicación de la CNMF no puede obviar cuestiones de política pública de los Estados.¹⁸⁶

Inclusive otro laudo adverso para los intereses estatales como lo fue *Siemens vs la República Argentina* dejó flotando la idea de si al importarse disposiciones de un tercer tratado, debían considerarse no solo las ventajas de aquel sino también los aspectos desfavorables. Idea que de aceptarse obligaría al Inversor a realizar una verdadera ponderación antes de invocar la CNMF.¹⁸⁷

En resumen, para el autor de la presente tesis, ciertas conclusiones a las que han arribado los distintos tribunales arbitrales, en conjunto con el consentimiento detallado de los Estados que se expresa en los tratados; y, el principio ejusdem generis¹⁸⁸ que es el motor para el funcionamiento de la CNMF pueden servir para que el Ecuador pueda acotar los alcances de este estándar relativo de protección.

Un último argumento a favor de acotar el alcance de este estándar lo podemos ver en las tendencias más recientes que se han adoptado en la materia, siendo la más significativa la forma como se concretó el Tratado Integral y Progresista de Asociación Transpacífico.¹⁸⁹

¹⁸⁵ Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi AS vs Islamic Republic of Pakistan, caso CIADI No. ARB/03/29. Decisión sobre Jurisdicción del 14 de Noviembre de 2005, paras. 227–235. Citado por la UNCTAD “*Most-Favoured Nation Treatment: A Sequel*”, 2010, p. 63.

¹⁸⁶ *Emilio Agustín Maffezini vs Reino de España*, caso CIADI N° ARB/97/7. Decisión sobre Jurisdicción del 25 de enero del 2000, paras 56-64.

¹⁸⁷ *Siemens AG vs República de Argentina*, caso CIADI N° ARB/02/08. Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto del 2004.

¹⁸⁸ Principio que permite circunscribir los alcances de una cláusula NMF a circunstancias análogas a las previstas en el tratado base. Ghitti Laura “*La extensión de la cláusula nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión*”, 2015, Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8 p. 137.

¹⁸⁹ Firmado el 8 de marzo en Santiago de Chile y a la espera de ratificación de los países signatarios, estos son, Chile, México, Perú, Australia, Brunei, Vietnam, Malasia, Japón, Nueva Zelanda, Canadá y Singapur. Vid. Boletín N° becef/014/2018 del Centro de Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados de México del 16 de Abril de 2018.

Este Acuerdo involucraba a 12 países de varios continentes, que en la actualidad son 11 tras la salida de Estados Unidos del mismo.¹⁹⁰ Es un tratado que, -según su preámbulo- busca promover la integración económica y la inversión. Si bien muchos lo describen como un acuerdo comercial, lo cierto es que tiene un acápite dedicado a la inversión y en razón del preámbulo y del capítulo específico a inversiones podemos concluir que, en efecto, tiene una caracterización mixta.

En concreto en el artículo 9.5 sobre el trato de la nación más favorecida, es significativo apreciar como 11 países de variados continentes han decidido no excluirla sino redactarla con restricciones importantes.

El primero es que la cláusula operará en el marco del establecimiento de la inversión.¹⁹¹ Se optó por dejar de lado la aplicabilidad de la CNMF al pre-establecimiento al menos es una lectura implícita. El segundo es una restricción en toda regla y es que la cláusula no aplicará a los mecanismos de solución de controversias. Finalmente la tercera restricción es, a pie de página, que se indica que por “*circunstancias similares*” ha de entenderse todas las circunstancias incluyendo si la distinción se basa en objetivos legítimos de bienestar público.¹⁹²

Este es quizá el ejemplo más reciente de como acotar la cláusula de la nación más favorecida e ilustra como no es necesario eliminarla para que pueda tener un empleo razonable. Expone además un último argumento a favor de mantener la CNMF: países de distintas culturas jurídicas, han coincidido en preservarla.

¹⁹⁰ Lo que obligó a realizar reformas al TPP (Tratado de Asociación Transpacífico) original (que incluía a Estados Unidos), pero que en lo tocante a la Cláusula de la Nación Más favorecida se mantuvo intacto. Con el CTPP se decidió incorporar por referencia lo ya establecido en el TPP.

¹⁹¹ Vid. Párrafos 1 y 2 de la cláusula 9.5 del TPP

¹⁹² Fuente: Portal web de la Secretaría de Economía del Gobierno de los Estados Unidos Mexicanos: www.economía.gob.mx

CONCLUSIONES

En el primer capítulo fuimos testigos de la posición global existente por la UNCTAD en cuanto a los Acuerdos Internacional de Inversiones, el actual sistema de solución de controversias y la cláusula de la nación más favorecida. El abanico de situaciones analizadas por la UNCTAD fue acompañado de ciertos comentarios por parte del autor de la presente tesis con ánimo de reforzar ciertos ítems que se anunciaban como problemáticos, ejemplo cuando se habló de la falta de coherencia laudatoria y se verificó aquello con ciertos laudos del CIADI.

El segundo capítulo encara ya la materia al observar las posiciones de la Procuraduría General del Estado, CAITISA y la constatación de una nueva postura de la nación en torno a estos temas. Es decir, se empieza hacer un recuento (a partir del punto de partida cero) de lo que ha sido la posición crítico evolutiva de nuestro país.

Tal es así, que habíamos avistado ciertas omisiones o imprecisiones contenidas en los documentos de autoría de la PGE y CAITISA, de tal suerte que se advirtió, por ejemplo, que la propuesta de denunciar los tratados existentes no era un buen paso como se verificó más adelante. Se dejó constancia además de que CAITISA tuvo una posición manifiesta en torno a la cláusula de la nación más favorecida, y, por el contrario, un sonoro silencio ante este tema por parte de la PGE. No obstante, todo esto, las observaciones más detenidas sobre dichos trabajos se reservaron para el tercer capítulo.

En el segundo capítulo revisamos y concluimos, además, que la nueva ley de fomento de inversiones simboliza una nueva postura del Ecuador en cuanto al arbitraje de inversiones corresponde. Pero se dejó señalado que faltó un mejor análisis sobre si establecer el arbitraje como único medio de solución alternativo de controversias era

adecuado o si lo sano y saludable era hacer competir al arbitraje con otros mecanismos de resolución de conflictos, y se dejó constancia del temor de que, si bien es positivo reconciliarse con el arbitraje, si se lo sobredimensiona puede generar una nueva reacción contra esta institución.

En el tercer capítulo, retomamos lo expresado por la UNCTAD, la PGE y CAITISA sobre la materia. Podemos concluir que todas estuvieron hermanadas en el diagnóstico, pero diferían en el tratamiento a seguir. Esto se advierte en especial con CAITISA quien tuvo una posición radical al pedir que se excluyese el arbitraje internacional en los arbitrajes de inversión a diferencia de la Procuraduría General del Estado que manifestó que los Estados debían participar en los procesos de reformas.

Además, para poder atender en algo las demandas de la República del Ecuador, y considerando la nueva postura hacia los Acuerdos de Inversión que se denotan por el anuncio de la hipotética firma de un Acuerdo con Brasil el autor del presente trabajo propuso en el tercer capítulo que una forma de imponer más obligaciones al inversionista, salvaguardar el derecho de los Estados a regular y reequilibrar la asimetría existente entre inversores y Estado, es considerar desde la perspectiva de los derechos humanos, la extrapolación a un hipotético tratado del “Marco Ruggie” a un tratado o acuerdo de inversión.

Se explicó los fundamentos para considerar aquello, es decir, que ni el derecho de inversiones ni aquel relativo a los derechos humanos pueden ignorarse mutuamente, que existen casos en los que una disputa de inversión tiene a su vez derechos humanos comprometidos, y, finalmente se concretizó que muchos de los llamados “principios rectores” pueden ser insertados en el mundo del derecho de inversión y se explicó cómo debían tales principios ser valorados en este escenario.

Finalmente, si bien al autor de esta tesis destaca como positivo el nuevo acercamiento hacia el arbitraje a través de la Ley Orgánica de Fomento Productivo y si bien se propuso, además, el auxilio del “Marco Ruggie” para hacer un Acuerdo de Inversión más acorde al mundo actual, esto no quiere decir que la postura crítico evolutiva del país cuyos hechos

relevantes ya fueron identificados a su momento, haya terminado. (o al menos no sus efectos)

De ahí que el autor del presente trabajo a más de realzar el nuevo enfoque contenido en dicha ley, proponer opciones para mejorar un AII, también advierte las secuelas aún latentes de lo que es y ha sido la posición crítico evolutiva de la nación.

Es así que, en el tercer capítulo en su parte final, se deja constancia de que la postura crítico evolutiva del Estado ecuatoriano tiene una notable damnificada en la cláusula de la nación más favorecida.

Dimos cuenta de que en razón de no haberse negociado oportunamente los acuerdos de inversión existentes, la CNMF en combinación con la cláusula de remanencia pueden hacer invocables en un nuevo tratado, a aquellos TBIs que se estiman anacrónicos, desfasados pero que a fin de cuentas siguen sobreviviendo en el acervo jurídico del país. Que ante esto, el futuro de la cláusula de la nación más favorecida se debate entre ser objeto de no inclusión en un tratado o serlo con alcance limitado.

Concluimos que, dada la importancia de la cláusula, la segunda opción debía ser tomada en cuenta, y que para hacerlo, debía la nación considerar las opciones propuestas en su momento por la UNCTAD, considerando además y a su favor, las limitaciones propias de la cláusula, tradicionalmente circunscrita a "*similares circunstancias*" o principio *ejusdem generis*, así como los laudos arbitrales que pueden ayudar a definir los contornos de la cláusula en el marco de una inversión; y, finalmente, observamos como el más moderno tratado con una mixtura entre lo comercial e inversión, revela como países de distinta cultura jurídica coinciden en preservarla.

BIBLIOGRAFÍA

- ALSTON, P. 2005. The ‘Not-a-Cat’ Syndrome: Can the International Human Rights Regime Accommodate Non-state Actors? En: ALSTON, P. (Ed.). *Non-State Actors and Human Rights*. Oxford: Oxford University Press, p.3-36. Citado por Bilchitz David “*El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de los derechos humanos de las empresas?*” (2010). *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*.
- Auditoría General Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones. “*Informe Ejecutivo CAITISA*” (2017).
- Bentolila Dolores “*Hacia una Jurisprudencia Arbitral en el Arbitraje Internacional de Inversiones*” (2012) *Anuario Mexicano de Derecho Internacional*, Décimo Aniversario.
- Bilchitz David “*El Marco Ruggie: ¿Una propuesta adecuada para las obligaciones de los derechos humanos de las empresas?*” (2010). *Sur-Revista Internacional de Derechos Humanos*.
- Black’s Law Dictionary, 6th ed. (St. Paul, Minnesota, West, 1990). Citado en “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos Guía para la interpretación*” (2012).
- Castañeda Mireya “El principio Pro-Persona Experiencias y Expectativas” ,2018, Comisión Nacional de los Derechos Humanos Periférico Sur 3469 Ciudad de México. Segunda Edición.
- Carneiro M, et al. “*Cuaderno-Guía de los Principios Rectores ONU sobre Empresa y Derechos Humanos. Puerta de entrada*”, Sustentia Innovación Social, Madrid (2013).
- Cartilla Informativa Ecuador Unión Europea. Publicación de la Delegación de la Unión Europea en Ecuador Contenido: Sección de Comercio, Delegación de la Unión Europea en Colombia y Ecuador marzo 2017.
- Cervantes Valarezo Andrés. “*Nuevo Constitucionalismo latinoamericano y Arbitraje de Inversión*” (2017) *Revista Club Español del Arbitraje*; Wolters Kluwer España.

- Comisión de Derecho Internacional, CDI, *“Fragmentación del derecho internacional: dificultades derivadas de la diversificación y expansión del derecho internacional”* (2006). Informe de la Comisión a la Asamblea General en el 58 periodo de sesiones.
- Concejo de la IBA *“Directrices IBA sobre Conflictos de Intereses en Arbitraje Internacional”* (2014) pp. 1-4. Publicado por la International Bar Association.
- Echaide, Javier, *“Demandas en el CIADI y el derecho humano al agua: ¿tratados de inversión vs. derechos humanos?”* (2016). 31 International Law, Revista Colombiana de Derecho Internacional, 81-114 <https://doi.org/10.11144/Javeriana.il.14-31>.
- Esteve Moltó José Elías *“Los Principios Rectores sobre las empresas transnacionales y los derechos humanos en el marco de las Naciones Unidas para proteger, respetar y remediar: ¿hacia una responsabilidad de las corporaciones o la complacencia institucional?”* (2011). Anuario español de derecho internacional, vol. 27.
- Figuroa Keneth Juan. *“La jurisprudencia de la cláusula de la nación más favorecida, un intento de llegar a un marco analítico consistente”* (2013). Instituto de Investigaciones Jurídicas de la Universidad Autónoma de México.
- Flor Alejandro Mario *“El Artículo 422 y su Incidencia en el Arbitraje Internacional”* (2011) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 3.
- Galindo Álvaro *“El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones”* (2009) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N°1.
- Gómez de la Torre Blanca *“Críticas al arbitraje de inversiones y soluciones a plantearse”*, (2015) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 7.
- González De Cossío Francisco: *“Estándares en el arbitraje de inversión ¿Choque de Tradiciones?”*. Procuraduría General del Estado *“Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador”* (2016).
- Ghitti Laura. *“La extensión de la cláusula nación más favorecida a los mecanismos de resolución de conflictos en tratados bilaterales de inversión”*, 2015, Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8.
- Jaramillo López Andrea *“Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador”* (2016) p. 203. Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8. Editora Cevallos.

- Jijón Andrade Alegría “*La Huida del Arbitraje de Inversión*” (2015) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 7.
- Mezgravis Andres A. “*El Estándar de Interpretación Aplicable al Consentimiento y su Revocatoria en el Arbitraje de Inversiones*” (2013) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 3.
- Naciones Unidas (2011) “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos*”.
- _____. (2012) “*Principios Rectores Sobre las Empresas y Derechos Humanos Guía para la interpretación*”.
- Muñoz Francisco. “*Los dispute Boards en contratos de obra: a propósito de la Nueva ley de contrato de participación público privado en Argentina.*” (2009) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 8.
- Naranjo Ponce María Gracia. “*El arbitraje de inversiones como herramienta para fortalecer las políticas anticorrupción: una evaluación crítica de la doctrina in pari delicto y la excepción de corrupción*” (2017) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 9, pp. 48-81.
- López Córdova Gabriel. “*Efectos jurídicos de la cláusula de remanencia luego de la denuncia de los tratados bilaterales de protección recíproca de inversiones*” (2017). Repositorio de la Universidad de las Américas.
- OMPI (2000) Documento /ACAD/HAV/00/2(i) de fecha 21 de marzo.
- Procuraduría General del Estado- “*Visión Crítica del Arbitraje de Inversiones desde la Experiencia del Ecuador*” (2016).
- Rivadeneira Chacón Gabriela. “*¿En qué medida la cláusula de la nación más favorecida viola el consentimiento del estado receptor de una inversión para someterse al arbitraje y por qué?*” (2018). Repositorio de la Universidad San Francisco de Quito.
- Sir. Endre Ustor “Cláusula de la Nación Más Favorecida” ,1969, documento A/CN.4/228. Primer Informe. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.
- Sir. Endre Ustor “Cláusula de la Nación Más Favorecida” ,1970, documento A/CN.4/228 Y ADD1. Segundo Informe. Anuario de la Comisión de Derecho Internacional de las Naciones Unidas.

- Titi Catherine *'Most-Favoured-Nation Treatment: Survival Clauses and Reform of International Investment Law'*. Journal of International Arbitration 33, no. 5 (2016): 425–440. © 2016 Kluwer Law International BV, The Netherlands.
- Schreuer Christoph, (2008) *"Consent to Arbitration"* Editado por Peter Muchlinski, Federico Ortino y C. Schreuer, The Oxford Handbook. Oxford. Oxford University Press. Citado por Galindo Álvaro *"El consentimiento en el arbitraje internacional en materia de inversiones"* (2009) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N°1.
- Tawil Santiago Guido y Minorini Lima Ignacio *"El Estado y el Arbitraje Primera aproximación"* (2009) Revista Ecuatoriana de Arbitraje N° 1.
- UNCTAD. (2006) *"Cómo Preservar la flexibilidad los AII: El uso de Reservas"*. Colección de Publicaciones de la UNCTAD.
- _____. (2010) *"Most-Favoured Nation Treatment: A Sequel"*, Colección de Publicaciones de la UNCTAD.
- _____. (2018) *"Unctad's Reform Package for the International Regime"* Colección de Publicaciones de la UNCTAD.
- UNCITRAL (2017), documento N° A/CN.9/930/REV 1., de fecha 19 de diciembre de 2017. Grupo de Trabajo III para la Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.
- _____. (2017), documento N° A/CN.9/WG.III/WP/142., de fecha 18 de septiembre de 2017. Grupo de Trabajo III para la Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.
- _____. (2018), documento N° A/930/Add1/Rev1., de fecha 26 de febrero de 2018. Grupo de Trabajo III para la Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.
- _____. (2018), documento N° A/CN.9/WG.III/WP.151., de fecha 30 de agosto de 2018. Grupo de Trabajo III para la Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.
- _____. (2019), documento N° A/CN.9/WG III/WP.160., de fecha 27 de febrero del 2019. Grupo de Trabajo III para la Reforma del Sistema de Solución de Controversias Inversionistas Estados.
- Zachary Douglas *"The MFN Clause in Investment Arbitration: Treaty Interpretation Off The Rails"* 2011. Journal of International Dispute Settlement, Vol. 2, No. 1.

PLEXO NORMATIVO.

Boletín N° becef/014/2018 del Centro de Finanzas Públicas de la Cámara de Diputados de México del 16 de Abril de 2018.

Constitución de la República del Ecuador 2008. Registro Oficial N° 449 del 20 de octubre de 2008.

Decreto Ejecutivo N° 1506 de fecha 06 de mayo del 2013. Registro Oficial N° 958 del 21 de mayo de 2013.

Decreto Ejecutivo N° 1411 de fecha 16 de mayo del 2017. Registro Oficial SP N° 5, del 1 de junio del 2017.

Gaceta Oficial de la Comunidad Andina N° 1092 de fecha 16 de julio de 2004.

Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Registro Oficial N° 312 del 03 de enero de 2014.

Ley Orgánica Para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal. Registro Oficial Suplemento 309 de fecha 21 de agosto de 2018.

Reglamento Orgánico Funcional de la Procuraduría General del Estado publicado en el Registro Oficial Edición Especial N° 36 de fecha 13 de julio del 2017.

JURISPRUDENCIA.

Caso CIADI N° 97/7 Maffezini vs el Reino de España. Laudo del 25 de enero de 2000.

Tribunal Andino de Justicia. Proceso N° 53-AI-99 de fecha 14 de marzo del 2001

Caso CIADI N° ARB/02/08 Siemens AG vs República de Argentina,. Decisión sobre Jurisdicción del 3 de agosto del 2004

Caso CIADI N° ARB/02/1. LG&E Energy Corp y otros v. Argentina. Laudo del 03 de octubre de 2006.

Caso CIADI ARB/03/6, M.C.I. Power Group L.C. y New Turbine, Inc. vs. República of Ecuador, Laudo del 31 Julio de 2007.

Caso CIADI N° ARB/03/15 El Paso Energy Internacional Company v. Argentina. Laudo del 31 de octubre de 2011.

Caso CIADI ARB/06/11 Occidental v. Ecuador. Laudo de fecha 05 de octubre de 2012.

Caso CIADI N° ARB/08/02 Perenco v. Ecuador. Laudo de fecha 14 de diciembre de 2012.

Caso CIADI N° ARB/08/06 Burlington v. Ecuador. Laudo de fecha 12 de septiembre del 2014.

Caso CIADI ARB/10/7 Philips Morris vs Uruguay. Laudo de fecha 08 de Julio de 2016.

Caso CIADI N° ARB (AF)/12/15 Rusoro Mining Limited v. Venezuela. Laudo de fecha 22 de agosto del 2016.