



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TEMA:**

**Protección a la inversión extranjera: Análisis de la normativa local  
frente al Derecho Internacional de Inversiones**

**AUTOR:**

**Zambrano Solines, Alfredo José**

**Trabajo de titulación previo a la obtención del título de  
Abogado de los Tribunales y Juzgados de la  
República**

**TUTOR:**

**De La Pared Darquea, Johnny Dagoberto**

**Guayaquil, Ecuador  
28 de agosto del 2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**CERTIFICACIÓN**

Certificamos que el presente trabajo de titulación, fue realizado en su totalidad por **Zambrano Solines, Alfredo José**, como requerimiento para la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**.

**TUTOR**

f. \_\_\_\_\_

**De La Pared Darquea, Johnny Dagoberto**

**DIRECTORA DE LA CARRERA**

f. \_\_\_\_\_

**Lynch Fernández, María Isabel  
Guayaquil, 28 de agosto del 2019**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**DECLARACIÓN DE RESPONSABILIDAD**

Yo, **Zambrano Solines, Alfredo José**

**DECLARO QUE:**

El Trabajo de Titulación, **Protección a la inversión extranjera: Análisis de la normativa local frente al Derecho Internacional de Inversiones**, previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República**, ha sido desarrollado respetando derechos intelectuales de terceros conforme las citas que constan en el documento, cuyas fuentes se incorporan en las referencias o bibliografías. Consecuentemente este trabajo es de mi total autoría.

En virtud de esta declaración, me responsabilizo del contenido, veracidad y alcance del Trabajo de Titulación referido.

**Guayaquil, 28 de agosto del año 2019.**

**EL AUTOR**

f. \_\_\_\_\_  
**Zambrano Solines, Alfredo José**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**AUTORIZACIÓN**

Yo, **Zambrano Solines, Alfredo José**

Autorizo a la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil a la **publicación** en la biblioteca de la institución del Trabajo de Titulación, **Protección a la inversión extranjera: Análisis de la normativa local frente al Derecho Internacional de Inversiones**, cuyo contenido, ideas y criterios son de mi exclusiva responsabilidad y total autoría.

**Guayaquil, 28 de agosto del año 2019.**

**EL AUTOR:**

f. \_\_\_\_\_  
**Zambrano Solines, Alfredo José**

**Documento** [Tesis Alfredo Zambrano.docx](#) (D54792639)

**Presentado** 2019-08-12 23:02 (-05:00)

**Presentado por** maritzareynosodewright@gmail.com

**Recibido** maritza.reynoso.ucsg@analysis.urkund.com

**Mensaje** Tesis Alfredo Zambrano. Tutor Dr. De la Pared [Mostrar el mensaje completo](#)

**0%** de estas 10 páginas, se componen de texto presente en 0 fuentes.

f. \_\_\_\_\_

**De La Pared Darquea, Johnny Dagoberto**

**Docente Tutor**

f. \_\_\_\_\_

**Zambrano Solines, Alfredo José**

**Estudiante**



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**TRIBUNAL DE SUSTENTACIÓN**

f. \_\_\_\_\_

**JOSÉ MIGUEL GARCÍA BAQUERIZO, MGS.**

DECANO DE LA FACULTAD

f. \_\_\_\_\_

**LUIS EDUARDO FRANCO MENDOZA, MGS.**

COORDINADOR DEL ÁREA

f. \_\_\_\_\_

**NURIA PÉREZ PUIG-MIR, PHD.**

OPONENTE



**UNIVERSIDAD CATÓLICA  
DE SANTIAGO DE GUAYAQUIL  
FACULTAD DE JURISPRUDENCIA, CIENCIAS SOCIALES Y POLÍTICAS  
CARRERA DE DERECHO**

**Facultad: Jurisprudencia**

**Carrera: Derecho**

**Periodo: UTE A-2019**

**Fecha: 26 de agosto del 2019**

**ACTA DE INFORME FINAL**

El abajo firmante, docente tutor del Trabajo de Titulación denominado **“Protección a la inversión extranjera: Análisis de la normativa local frente al Derecho Internacional de Inversiones”**, elaborado por el estudiante **Zambrano Solines, Alfredo José**, certifica que durante el proceso de acompañamiento dicho estudiante ha obtenido la calificación de **DIEZ SOBRE DIEZ (10/10)** lo cual lo califica como: **APTO PARA LA SUSTENTACIÓN.**

**TUTOR**

f. \_\_\_\_\_

**De La Pared Darquea, Johnny Dagoberto**

## ÍNDICE

<b>1. Capítulo I .....</b>	<b>2</b>
<b>1.1 Antecedentes Históricos.....</b>	<b>2</b>
<b>1.2 Conceptos .....</b>	<b>3</b>
<b>1.3 Ecuador y el régimen Internacional de protección a la inversión     extranjera .....</b>	<b>4</b>
<b>2. Capítulo II .....</b>	<b>9</b>
<b>2.1 Derecho aplicable a los distintos tipos de controversias.....</b>	<b>9</b>
<b>2.2 Protección incompleta a la inversión extranjera por parte del     Derecho local.....</b>	<b>11</b>
<b>2.3 Arbitraje internacional como mecanismo de protección .....</b>	<b>13</b>
<b>2.4 Ejecución de laudos arbitrales .....</b>	<b>15</b>
<b>3. Conclusiones .....</b>	<b>17</b>
<b>4. Recomendaciones .....</b>	<b>18</b>
<b>5. Bibliografía .....</b>	<b>19</b>

## RESUMEN

El Ecuador ha cursado, a lo largo de la historia, una serie de tensiones en lo que respecta a la inversión extranjera, y en específico, a la protección de ésta. Su afinidad y participación para con los Tratados Bilaterales de Inversión fue fugaz, por lo que no existe una protección sustantiva de carácter internacional para todas aquellas inversiones que se concreten actualmente en el país. Errada es la idea que pretende equiparar las garantías y protecciones brindadas por el derecho local con las previstas en los tratados de inversión, simplemente no es suficiente. No obstante, el deseo del Ecuador de renegociar un régimen de protección internacional a la inversión extranjera ha sido manifestado en los últimos años de manera reiterativa, por lo que es fundamental, además de renegociar el regreso de los tratados bilaterales de inversión, considerar la incorporación de disposiciones que promuevan el respeto al Estado de acogida, en especial al medio ambiente y a su ciudadanía, a fin de precautelar la permanencia de estos mecanismos internacionales que protegen la inversión extranjera, protección que finalmente es su *raison d'être*.

***Palabras Claves: inversión extranjera, garantías, arbitraje, trato justo y equitativo, no discriminación, tratado bilateral de inversión, estándares.***

## ABSTRACT

Throughout history, Ecuador has experienced a series of tensions with regard to foreign investment, specifically, in its protection. Its affinity and participation towards Bilateral Investment Treaties was fleeting, so there is no substantive protection of an international nature for all those investments that are currently carried out in the country. It's a mistaken idea to equate the guarantees and protections provided by local law with those provided in the investment treaties, it's simply not enough. However, Ecuador's desire to renegotiate a regime of international protection for foreign investment has been repeatedly expressed in recent years, so it is essential, in addition to renegotiating the return of bilateral investment treaties, to consider the incorporation of provisions that promote respect for the host State, especially the environment and its citizens, in order to protect the permanence of these international mechanisms that protect foreign investment, protection which finally is their *raison d'être*.

***Key Words: foreign investment, guarantee, arbitration, fair and equitable treatment, nondiscrimination, bilateral investment treaty, standard.***

## DESARROLLO

### 1. Capítulo I

#### 1.1 Antecedentes Históricos

El Derecho Internacional de Inversiones, tiene su génesis en las ambiciones expansionistas de los estados europeos, cuando a inicios del siglo XVIII, sus nacionales iniciaron a desplazarse a través de todo el mundo. Con ello, surgió la necesidad de proteger a estos extranjeros, y pues no solo a ellos, sino también a su patrimonio.

En un principio, los países que actualmente llamamos desarrollados no tenían problema con la protección de sus nacionales en otros países desarrollados, sin embargo, no sucedía lo mismo en otros estados, como por ejemplo en Sudamérica, donde se creía que la ley era insuficiente en cuanto a la protección de los nacionales de los estados desarrollados.

Así, frente a cualquier tipo de violación a los derechos de los extranjeros, éstos tenían dos alternativas, o demandar al Estado de acogida ante los juzgados locales, o -debido a la falta de imparcialidad de dicha opción-, activar lo que se conoce como protección diplomática, donde se permite al Estado del inversionista extranjero afectado presentar un reclamo contra el país de acogida, convirtiendo la disputa en una de carácter Estado-Estado.

En ese contexto, los estados desarrollados sostenían que todos los países debían tratar a los extranjeros de acuerdo al llamado *minimum standard of treatment* (Kalicki & Joubin-Bret, 2015, p. 98), que incluía, principalmente, el derecho al debido proceso y al derecho de propiedad. Así, la protección de los extranjeros encontrada en el derecho internacional aparentemente tomó la forma de un estándar de tratamiento mínimo de conducta al que los extranjeros tenían derecho. (Gazzini, 2012, p. 10) Producto de aquello, si la ley local del Estado de acogida no respetaba dicho estándar, los extranjeros podían beneficiarse de éste, en respaldo del derecho internacional.

Esta nueva tendencia, fue rechazada principalmente por el reconocido jurista Carlos Calvo quien, por el contrario, promovía el trato nacional. Para

él, los nacionales de los estados desarrollados, que decidían invertir en algún determinado estado, no debían recibir un trato más favorable, pero tampoco peor, que aquel brindado a los nacionales del Estado de acogida. Además de aquello, el jurista argentino “teorizó el principio general según el cual los pleitos con los ciudadanos extranjeros debían necesariamente ser solucionados por los tribunales locales evitando la intervención diplomática del país de pertenencia.” (Tamburini, 2002, párr. 1). En virtud de lo cual, los Estados recientemente descolonizados, adoptaban este particular sentido de protección a la inversión extranjera, tal vez por la desconfianza en aquellos Estados que poco antes fueron sus opresores o para proteger su recién adquirida soberanía.

## 1.2 Conceptos

A efectos de un mayor entendimiento sobre el régimen del derecho internacional de inversiones, su funcionamiento y aplicabilidad en el Ecuador, debemos dilucidar ciertos conceptos a los cuales haremos mención de manera recurrente.

**TBI:** Los tratados bilaterales de inversión son instrumentos internacionales suscritos entre dos Estados con el fin de proporcionar estándares de protección a las inversiones extranjeras. (Dolzer & Schreuer, 2008)

**Cláusula de la nación más favorecida:** Implica que los inversionistas extranjeros de distintos estados deberán gozar del mismo tratamiento, pudiendo éstos solicitar la aplicación de beneficios dispuestos en otros tratados bilaterales de inversión.

**Cláusula del trato nacional:** Es aquella que promete a los inversionistas extranjeros un trato no discriminatorio y equánime respecto a los inversionistas nacionales del estado de acogida.

**Trato justo y equitativo:** Es el conjunto de criterios que evalúan el respeto sobre las legítimas expectativas del inversionista extranjero, la

consistencia, predictibilidad, transparencia con la que el estado regula, así como el respeto al debido proceso y la prohibición de la denegación de justicia. (Folsom, 2016, p. 323-324)

**Discriminación:** Discriminación significa tratar a dos sujetos con características similares de forma desigual sin una justificación aceptable desde el derecho. Es decir, existe discriminación en un ordenamiento jurídico cuando una desigualdad es introducida en el goce de un derecho o deber determinado, mientras que no existe una conexión suficiente entre la desigualdad sobre la cual está basada la disposición jurídica y el derecho o deber sobre el cual se crea la desigualdad. (Vierdag, 1973, p. 61).

### **1.3 Ecuador y el régimen Internacional de protección a la inversión extranjera**

El primer tratado bilateral de inversión suscrito en la historia fue entre Alemania y Pakistán el 25 de noviembre de 1959. Seis años después, en 1965, Ecuador suscribe su primer tratado bilateral de inversión, así mismo con el país germánico. Desde ese entonces, Ecuador suscribió 26 Tratados Bilaterales de Inversión que entraron en vigencia, con naciones como Suiza, Egipto, Países Bajos, Canadá, Reino Unido, entre otros. Fue a partir del año 2008, que Ecuador inició el proceso de denuncias de todos los tratados de los que era parte. El argumento sostenido por el poder ejecutivo, legislativo y finalmente por la Corte Constitucional fue que dichos tratados bilaterales de inversión se encontraban en contradicción con lo dispuesto en el párrafo primero del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, el mismo que establece: “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.” (2008)

En ese sentido, la Corte Constitucional estableció que, si bien los tratados de inversión entraron en vigencia antes de la promulgación de la Constitución de Montecristi, era imperativo resaltar que los mismos no

pueden formar parte de nuestro ordenamiento jurídico, disponiendo así, en el Dictamen 23 de Constitucionalidad de la Corte Constitucional lo siguiente:

(...) Al respecto, la norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo cual en concordancia con lo expresado en el análisis del artículo 7, atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República. En aquel sentido, el mantener este mecanismo de solución de conflictos atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales. Es por ello que acorde a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaran del presente tratado, porque iría en contra no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República, atentándose el artículo 422 de la Constitución.  
(...) (2010)

Consecuentemente, el Ecuador aprobó en el año 2010 la terminación de los tratados bilaterales de inversión suscritos con Reino Unido, Alemania y Finlandia; en el 2011, aquellos firmados con Francia y Suecia, y en 2017 los restantes con Perú, Suiza, Venezuela, Argentina, Chile, Canadá, Bolivia, España, China, Italia, Países Bajos y Estados Unidos. Aquello, regresando a ser un estado con una marcada tendencia calvista, sin instancias internacionales donde resolver las disputas de inversión extranjera, ni tratos más favorables que los brindados a nuestros nacionales.

Cabe recordar que, en el 2008, el Ecuador ya había denunciado nueve de sus TBI con República Dominicana, Guatemala, Uruguay, Nicaragua, Cuba, El Salvador, Honduras, Rumania y Paraguay, bajo el argumento expuesto *ut supra*.

Así, vimos como el Ecuador, de manera precipitada, se desvinculó completamente del universo de TBI para adecuarse a lo establecido en el artículo 422 de la Constitución. Sin embargo, el argumento sostenido por la Corte Constitucional, obedeció más a intenciones y cuestiones políticas de la época que a las jurídicas y apegadas en Derecho.

Del texto del artículo en cuestión se desprende que en efecto, el Ecuador no puede suscribir tratados internacionales en los que se ceda jurisdicción a instancias internacionales, con una pequeña pero a la vez crucial particularidad, ésta es: “en controversias contractuales o de índole comercial” (2008).

El argumento de la Corte Constitucional, que implica asimilar controversia contractual o comercial a una en materia de inversión es, a todas luces, una falacia. A *grosso modo*, ésta última obedece a violaciones al derecho internacional, en especial a los estándares internacionales protegidos por un tratado bilateral de inversión -e.g. nación más favorecida, trato justo y equitativo, protección y seguridad-, es decir, imponen un ámbito representativo de garantías en favor de los inversionistas extranjeros en un país de acogida, no regulan una actividad contractual o comercial, mientras que las disputas contractuales y comerciales se centran, por un lado en incumplimientos a obligaciones previstas en un contrato y por otro lado a asuntos de comercio, que no necesariamente implican una violación al derecho internacional. Consecuentemente, tal y como señaló Marchán:

Lo que la norma constitucional prohíbe es que el Ecuador suscriba tratados que establezcan mecanismos arbitrales en disputas de tipo comercial o contractual. Sin embargo, las disputas entre inversionistas y Estados se derivan, en su mayoría, de violaciones a tratados bilaterales de promoción y garantía de inversiones o a obligaciones de

derecho internacional público, lo que no estaría prohibido por la norma. (2011, p. 209)

Claramente, de la suscripción de un TBI puede derivar la celebración de una serie de contratos entre el inversionista extranjero y el Estado de acogida, así como practicarse, en efecto, actividades de comercio dentro de este marco, sin embargo es importante precisar la diferencia entre la eventual disputa por un incumplimiento de obligaciones derivadas del contrato y/o de la relación comercial que pueda entablarse, de la violación a las obligaciones generadas por el TBI, obligaciones que son de naturaleza internacional, al ser los tratados bilaterales de inversión fuente de Derecho Internacional Público.

Así mismo, independientemente de las incongruencias señaladas, y de interpretarse el artículo 422 de la Constitución en el sentido hecho por la Corte Constitucional del Ecuador para la denuncia de los tratados de inversión, cabe precisar algo inclusive más alarmante. El artículo en mención únicamente prohíbe ceder su jurisdicción cuando se lo haga a través de un instrumento o tratado internacional, por lo que sencillamente el Estado puede pactar arbitraje internacional al suscribir contratos de inversión con inversionistas extranjeros, por así disponerlo el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones y por no ser aquello lo que la Carta Magna expresamente prohíbe.

Entonces, ¿por qué un Estado prohibiría la celebración de instrumentos de carácter internacional en los que se ceda jurisdicción a instancias internacionales para la resolución de conflictos, cuando por otro lado sí se permite pactar arbitraje internacional en la celebración de contratos de inversión, suscritos de la misma manera entre el Estado ecuatoriano y el inversionista extranjero? ¿Por qué no opera la misma prohibición para la suscripción de estos contratos?

Si bien *prima facie*, lo anterior sería un evidente resultado impráctico, dicho resultado podría obedecer al fin ulterior de limitar la protección y garantías de la inversión extranjera a los estándares locales que no necesariamente son los mismos que los postulados por el Derecho

Internacional de Inversión. Además, la única opción de activar el mecanismo de disputa arbitral pactado sería en virtud de un incumplimiento contractual, mas no por una violación al derecho internacional de inversión, incluso cuando ésta sea manifiesta. Así, aquellas inversiones concretadas posteriormente a la denuncia de los tratados de inversión, únicamente recibirán la protección y garantías que la normativa local y el contrato de inversión les brinde, colocando a dichas inversiones, respecto al Derecho Internacional de Inversiones, en desamparo.

Habiendo tratado los antecedentes históricos de este campo del Derecho, concretamente en el Ecuador, dilucidando algunos desaciertos producidos por parte de nuestro órgano de control constitucional, y antes de analizar en dónde radica el problema producto de este éxodo de la protección internacional para con las inversiones extranjeras, podemos concluir lo siguiente:

- La esencia del Derecho internacional de inversiones es proteger la inversión de los extranjeros en el país de acogida, preferencialmente ante una instancia internacional e independiente.
- El Ecuador denunció todos los tratados de inversión de los que era parte mediante un argumento falaz.
- Hablar de controversias internacionales en materia contractual o de índole comercial, no es equivalente a hablar de controversias internacionales en materias de inversión.
- La cláusula del trato nacional opera entre el nacional del estado de acogida y el extranjero que invierte en dicho estado, mientras que la cláusula de la nación más favorecida desarrolla su fin entre los diferentes inversionistas extranjeros del estado de acogida.
- La Corte Constitucional de la época criticó el arbitraje internacional de protección a la inversión por supuestamente ser incompatible con el interés colectivo, sin embargo la propia Constitución ecuatoriana en su artículo 190 y el Código Orgánico de la Función Judicial (2009), en su artículo 17 reconoce al arbitraje

como un método válido para la solución de conflictos y como un servicio público.

## **2. Capítulo II**

### **2.1 Derecho aplicable a los distintos tipos de controversias**

Hay quienes consideran que nuestro derecho local puede suplir a las protecciones otorgadas por los estándares de protección en el marco internacional de las inversiones, sin embargo, hay que precisar algunos aspectos. A efectos del presente tópico, debemos diferenciar entre lo que conocemos como derecho sustantivo y por otro lado el derecho adjetivo, siendo el primero aquel que delinea los alcances y límites de derechos y obligaciones que gozan determinados sujetos del Derecho; mientras que el segundo tiene un enfoque procedimental, esto es, cómo se ejercitan o exigen dichos derechos y obligaciones.

El 21 de agosto del 2018 se publicó la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, la cual, a propósito de otros temas, reformó al Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, agregando un conjunto de artículos que modificaron de manera fundamental la resolución de controversias en asuntos de inversión, agregando: “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.” (2018). Con lo que el arbitraje internacional volvió a ser una posibilidad para las controversias en materia de inversión, pero otra vez con una pequeña particularidad, cuando la controversia sea producida en virtud de la relación contractual.

Para ello, hay que tener clara la distinción entre las controversias contractuales y las controversias bajo los tratados que protegen la inversión. Las primeras son aquellas en las que el demandante sostiene que las actuaciones de la otra parte violaron lo pactado en el contrato, mientras que las segundas se centran en la posible violación a las garantías y derechos que un TBI origina.

Ahora, dicha diferenciación no es de cualquier importancia. Aquello ha sido reflejado en reiterados fallos arbitrales como en el caso *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina*, Decisión sobre la Anulación:

Un estado puede violar un tratado sin violar un contrato y vice versa, y este por cierto es el caso de estas disposiciones del TBI.

De conformidad con este principio general (que es sin duda declaratorio del derecho internacional general), son cuestiones distintas la de si ha habido incumplimiento del TBI y la de si ha habido incumplimiento de contrato. Cada una de estas reclamaciones será determinada en referencias a su propio derecho aplicable – en el caso del TBI, por el derecho internacional; en el caso del Contrato de Concesión, por el derecho propio del contrato, en otras palabras, el derecho de Tucumán. (Comité Ad hoc compuesto por Yves Fortier, Presidente; James Crawford y José Carlos Fernández Rozas, 2004)

De la misma manera, en el caso *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA v. Chile.*, donde el tribunal afirmó que “siendo una disputa bajo el TBI, las partes han acordado que los méritos de la disputa sean decididos según el derecho internacional”. (Comité Ad hoc compuesto por Andrés Rigo Sureda, Presidente; Marc Lalonde y Rodrigo Oreamuno Blanco, 2007)

Así, el derecho y garantías de protección a la inversión aplicables a las controversias contractuales será la ley fijada en el contrato, la mayor parte de las veces, la ley ecuatoriana; y en las controversias por violaciones a un TBI, el derecho internacional y sus estándares de protección a la inversión.

Habiendo establecido primeramente la diferencia entre las controversias contractuales y las controversias bajo los tratados que protegen la inversión, y entendiendo que las únicas protecciones otorgadas

a las inversiones concretadas actualmente en el Ecuador son las establecidas en nuestras leyes y contrato de inversión de ser el caso, podemos analizar de manera más clara la diferencia entre éstas frente a las garantizadas por el Derecho Internacional de Inversiones y cuales son las ventajas de estas últimas.

## **2.2 Protección incompleta a la inversión extranjera por parte del Derecho local**

*A priori*, se podría pensar que las garantías brindadas por nuestro ordenamiento jurídico podrían suplir a las de carácter internacional, sin embargo, aun cuando dichas garantías pueden ser similares, el resultado difícilmente es el mismo.

Uno de los principios más antiguos dentro del Derecho Internacional de Inversiones es el de no discriminación, principio que a su vez se materializa en la cláusula del trato nacional y la cláusula de la nación más favorecida. Ambas constituyen dos caras de una misma moneda. La cláusula de trato nacional apunta a evitar que los inversionistas de un estado parte de dicho acuerdo sean discriminados por el otro estado parte *vis-à-vis* a los nacionales del último. Paralelamente, la lógica de la cláusula de la nación más favorecida es la de proteger a los inversionistas de los estados parte de un acuerdo bilateral de inversión de la discriminación que puedan sufrir *vis-à-vis* los inversionistas de cualquier otro estado no parte del acuerdo. Así, por ejemplo, en el Acuerdo para la Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, encontramos en el artículo tercero numeral segundo:

Cada parte contratante acordará dicho tratamiento a las inversiones que, en cualquier caso, no será menos favorable que el otorgado a las inversiones de sus propios inversionistas o a las inversiones de inversionistas de cualquier tercer Estado, cualquiera que sea más favorable para el inversionista en cuestión. (República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos, 2001)

Por lo que uno de los fines de esta disposición es la de asegurar que el tratamiento que Ecuador garantice a los inversionistas holandeses no sea menos favorable que el tratamiento otorgado a los inversionistas de otro estado.

En términos prácticos, esto significa que, si Ecuador proporciona a los inversionistas de Egipto un trato más favorable que a los inversionistas de Holanda, Ecuador debe otorgar dicho trato a los inversionistas holandeses, con el resultado de que las inversiones egipcias y holandesas sean tratadas así, de la misma manera. Y al ser ésta una obligación recíproca, debemos notar que Holanda está sujeta a la misma obligación con relación a los inversionistas ecuatorianos.

De esta manera, tanto la cláusula de trato nacional como la de la nación más favorecida persiguen el mismo objetivo, esto es, asegurar que los inversionistas extranjeros y su inversión, no sufran ninguna discriminación.

Paralelamente a todo ello, dentro de nuestra normativa especializada para el efecto, es decir, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, se postulan diversas garantías a favor de las inversiones, una de las cuales es, así mismo, el trato no discriminatorio, desarrollado en el capítulo segundo:

Art. 17.- Trato no discriminatorio.- Los inversionistas nacionales y extranjeros, las sociedades, empresas o entidades de los sectores cooperativistas, y de la economía popular y solidaria, en las que éstos participan, al igual que sus inversiones legalmente establecidas en el Ecuador, con las limitaciones previstas en la Constitución de la Republica, gozarán de igualdad de condiciones respecto a la administración, operación, expansión y transferencia de sus inversiones, y no serán objeto de medidas arbitrarias o discriminatorias. Las inversiones y los inversionistas extranjeros gozarán de protección y seguridades plenas, de

tal manera que tendrán la misma protección que reciben los ecuatorianos dentro del territorio nacional. (2010)

Aquí, claramente se establece la garantía en cuanto a la igualdad de trato que gozan las inversiones nacionales y extranjeras en cuanto a su administración, operación, protección y seguridad, etc., en definitiva, la garantía de los inversionistas extranjeros a ser tratados en igualdad de condiciones que a los nacionales. Sin embargo, esta garantía solo opera entre los inversionistas extranjeros y los nacionales del país de acogida, mas no entre los mismos inversionistas extranjeros. Así, lo que en el Derecho Internacional de Inversiones es una protección de dos caras, como el símil de la moneda, en nuestro ordenamiento jurídico local, no se establece de manera expresa una garantía similar.

Aquello no solo permite la discriminación entre las distintas inversiones extranjeras sino que producto de aquello se desvanece la transparencia entre las operaciones de la administración de gobierno y los diferentes actores extranjeros que concretan inversiones en el Ecuador, toda vez que, a diferencia del ejemplo graficado entre Ecuador, Egipto y Países Bajos, se otorgarían beneficios a los distintos inversionistas extranjeros de determinados países sin la posibilidad de que, en igualdad de condiciones, inversionistas de otros estados puedan solicitar el otorgamiento de los mismos beneficios.

### **2.3 Arbitraje internacional como mecanismo de protección**

Como se apuntó anteriormente, el arbitraje internacional es nuevamente una posibilidad para resolver controversias dentro de las relaciones contractuales en materia de inversión gracias a la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal que reformó el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones, sin embargo, otro problema que se genera en derecho ecuatoriano es la exclusión de materias que pueden someterse a arbitraje.

La Ley Orgánica de incentivos para asociaciones público privadas establece dentro de su artículo 20 que:

Art. 20.- Reglas para la Resolución. Para la resolución de controversias que surjan entre las partes respecto de contratos de gestión delegada bajo la modalidad de asociación público-privada suscritos en el marco de la presente Ley, se seguirán las siguientes reglas:

(...) No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios, así como ningún otro acto que se derive directamente de la potestad legislativa y regulatoria del Estado ecuatoriano. (2018)

Con lo que si bien no se está dejando necesariamente en indefensión al inversionista, -dado que éste puede demandar al estado ante un tribunal local- se extingue completamente su posibilidad de acceder ante una instancia internacional a fin de defender sus derechos, lo cual debemos recordar es parte de la esencia histórica respecto a la protección de la inversión extranjera, tal y como lo revisamos en el capítulo 1.1 del presente trabajo.

Así, por ejemplo, si el Estado dicta una ley que atenta contra la publicidad de un producto, queda clara la imposibilidad de acceder ante una instancia de arbitraje internacional para resolver una disputa si suscitase, toda vez que el acto que produce la controversia es emanado de la potestad legislativa del estado. Ahora, lo que sucede, como comenta Alegría Jijón, es que:

Si bien no es posible arbitrar actos de la administración tributaria, hay que entender -que- un reclamo bajo el TBI no es un reclamo contra los actos de la administración tributaria como tal, sino un reclamo ante el trato recibido por el estado y en la medida de que esos actos constituyen una violación a las garantías otorgadas por los estados en los tratados de inversión. (2015, p. 57)

Por lo que, si bien la norma citada en párrafos anteriores coarta la posibilidad de arbitrar sobre actos de la administración, sean estos en materia tributaria o derivadas de su potestad reguladora o legislativa, dicha posibilidad subsiste de haber un TBI de por medio, dado que lo que se demandaría en este caso sería que el Ecuador no cumpliera, a través de cualquiera de sus potestades, con el trato que se comprometió a brindar al inversionista en el TBI que suscribió.

Es importante precisar que no es lo mismo demandar a la administración por sus actos propiamente que por las violaciones al derecho internacional de inversiones que dichos actos causaron. De esta manera, como corolario de lo anterior, de no existir un TBI entre el inversionista extranjero y el Ecuador, dichos escenarios son en efecto, absolutamente inarbitrables, en virtud de lo cual queda manifestada la importancia de que exista un TBI de por medio.

## **2.4 Ejecución de laudos arbitrales**

Con la promulgación y entrada en vigencia de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal, el escenario para la ejecución de laudos internacionales cambió radicalmente. Dicha ley reinstauró la vigencia de la disposición contemplada en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación que establece: “Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.” (2006) armonizándose de esta manera la relación entre nuestra normativa nacional con la Convención de las Naciones Unidas sobre reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales extranjeros, ratificada por el Ecuador y debidamente publicada en el Registro Oficial 43 del 29 de diciembre de 1961. Esta convención postula como principal objetivo, que los laudos extranjeros puedan ser ejecutados de la misma forma que los laudos nacionales.

Lo reestablecido en la Ley de Arbitraje y Mediación fue un evidente progreso en materia procesal respecto al régimen de protección de las

inversiones extranjeras, sin embargo, dicha disposición podría mutar en cualquier momento, tal y como sucedió en el año 2016 con la entrada en vigencia del Código Orgánico General de Procesos, donde se estableció, por ejemplo, que se acredite certificadamente que la parte demandada fue notificada legalmente y que el título que se pretende ejecutar se encuentra ejecutoriado, vulnerando lo dispuesto en la Convención de Nueva York, que dispone:

(...) se excluye la imposición por el derecho interno de condiciones para su reconocimiento y ejecución que sean más estrictas que las previstas en la Convención, si bien se acepta que continúe aplicándose toda disposición del derecho interno que conceda derechos especiales o más favorables a la parte que pida la ejecución de una sentencia.  
(UNCITRAL, 1958)

Siendo las únicas condiciones previstas por la Convención el adjuntar a la demanda el laudo y acuerdo en original.

Como se manifestó anteriormente, el Estado, a través de su potestad soberana, está en todo su derecho de modificar sus leyes, sin embargo, para el presente caso de estudio, debería haber una especie de estabilidad jurídico-procesal que posean los inversionistas extranjeros en caso de originarse una disputa con el estado de acogida. Cabe recalcar que no es establecer un candado en la norma procesal y por ende a la potestad legislativa del estado, sino por el contrario permitirle ejercer aquella, respetando lo que, al momento de interponerse el reclamo arbitral, se daba por hecho.

### **3. Conclusiones**

- 1.** Al haber denunciado todos los TBI de los que el Ecuador era parte, los inversionistas extranjeros únicamente pueden reclamar, en materia de inversiones, incumplimientos contractuales, lo cual no es suficiente cuando pueden perpetrarse actos ilícitos por parte del Estado que no necesariamente impliquen un incumplimiento contractual, pero sí una violación al derecho internacional.
- 2.** Uno de los principales motivos para que los TBI hayan sido denunciados fue que éstos imponían obligaciones exclusivamente a los Estados receptores y no a los inversionistas extranjeros.
- 3.** Si bien la norma procesal actual que regula la ejecución de laudos extranjeros se encuentra en armonía con los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador, nada nos asegura que dicha norma sea reformada o derogada, menoscabando la posibilidad de ejecutar un laudo favorable sin trabas ni demoras.

#### **4. Recomendaciones**

- 1.** Que la Corte Constitucional del Ecuador, al amparo de lo establecido en el artículo 436 de la Carta Magna, emita una sentencia interpretativa a través de la cual se aclare el sentido del primer párrafo del artículo 422 de dicho texto constitucional, esto es, que la prohibición establecida no se extiende a las controversias en materia de inversión, y por ende a los tratados bilaterales que regulan aquello.
- 2.** Renegociar los términos de dichos tratados o acuerdos recíprocos de inversión, para que éstos no sean únicamente fuente de derechos para los inversionistas extranjeros, sino que también se establezcan obligaciones y deberes para ellos, en especial el cuidado del medio ambiente y respeto a los derechos humanos. De esta manera, erradicaríamos la idea de que los acuerdos bilaterales de inversión son desbalanceados en cuanto a los beneficios que obtienen los inversionistas frente al Estado de acogida.
- 3.** Finalmente, incluir una reforma al Código Orgánico General de Procesos, por medio de la cual se garantice que el procedimiento de ejecución del laudo dictado en un procedimiento de arbitraje internacional, será el que más se adapte al establecido en los instrumentos internacionales de la materia, debidamente ratificados por el Ecuador.

## 5. Bibliografía

- Comité Ad hoc compuesto por Andrés Rigo Sureda, Presidente; Marc Lalonde y Rodrigo Oreamuno Blanco. *MTD Equity Sdn Bhd y MTD Chile SA v. Chile*. § CIADI 12 Reportes 3 (2007).
- Comité Ad hoc compuesto por Yves Fortier, Presidente; James Crawford y José Carlos Fernández Rozas. *Compañía de Aguas del Aconquija S.A. y Vivendi Universal S.A. v. República Argentina, Decisión sobre la Anulación*. (2004).
- Dolzer, R., & Schreuer, C. (2008). *Principles of international investment law*. Oxford; New York: Oxford University Press.
- Folsom, R. H. (2016). *Foreign investment law in a nutshell*. St. Paul, MN: West Academic Publishing.
- García, H. (2019). ¿Arbitrando lo mío o lo tuyo? Naturaleza jurídica de los derechos de los inversionistas. *Jurisdictio XXIII/19*, 33-53.
- Gazzini, T. (Ed.). (2012). *International investment law: The sources of rights and obligations*. Leiden: Nijhoff.
- Jijón, A. (2015). La Huida al Arbitraje de Inversiones. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, N. 7, 41-63.
- Kalicki, J. E., & Joubin-Bret, A. (Eds.). (2015). *Reshaping the investor-state dispute settlement system: Journeys for the 21st century*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff.
- Lalani, S., & Polanco Lazo, R. (Eds.). (2015). *The role of the state in investor-state arbitration*. Leiden; Boston: Brill Nijhoff.
- Marchán, J. (2011). El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana. *Jurisdictio XII/14*, 209.

- Registro Oficial 417. *Ley de arbitraje y mediación*. (2006).
- Registro Oficial 449. *Constitución de la República del Ecuador*. (2008).
- Registro Oficial Suplemento 249. *Convenio Dictamen de la Corte Constitucional 23*. (2010).
- Registro Oficial Suplemento 309. *Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo, y Estabilidad y Equilibrio Fiscal*. (2018).
- Registro Oficial Suplemento 351. *Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones*. (2010).
- Registro Oficial Suplemento 544. *Código Orgánico de la Función Judicial*. (2009).
- República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos. *Acuerdo para la Protección Recíproca de Inversiones entre la República del Ecuador y el Reino de los Países Bajos*. (2001).
- Tamburini, F. (2002). Historia y destino de la «doctrina Calvo»: ¿actualidad u obsolescencia del pensamiento de Carlos Calvo? *Revista de estudios histórico-jurídicos*, (24), 81-101. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552002002400005>
- UNCITRAL. *Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras*. , (1958).
- Vierdag, E. W. (1973). *The concept of discrimination in international law With special reference to human rights*. Recuperado de <http://link.springer.com/openurl?genre=book&isbn=978-90-247-1525-1>

Weiler, T. (2013). *The interpretation of international investment law: Equality, discrimination, and minimum standards of treatment in historical context*. Leiden: Martinus Nijhoff Publishers.



## DECLARACIÓN Y AUTORIZACIÓN

Yo, **Zambrano Solines, Alfredo José**, con C.C: # **0922965090** autor del trabajo de titulación: **Protección a la inversión extranjera: Análisis de la normativa local frente al Derecho Internacional de Inversiones** previo a la obtención del título de **Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República** en la Universidad Católica de Santiago de Guayaquil.

1.- Declaro tener pleno conocimiento de la obligación que tienen las instituciones de educación superior, de conformidad con el Artículo 144 de la Ley Orgánica de Educación Superior, de entregar a la SENESCYT en formato digital una copia del referido trabajo de titulación para que sea integrado al Sistema Nacional de Información de la Educación Superior del Ecuador para su difusión pública respetando los derechos de autor.

2.- Autorizo a la SENESCYT a tener una copia del referido trabajo de titulación, con el propósito de generar un repositorio que democratice la información, respetando las políticas de propiedad intelectual vigentes.

Guayaquil, **28 de agosto de 2019.**

f. \_\_\_\_\_

Nombre: **Zambrano Solines, Alfredo José**

C.C: **0922965090**



<b>REPOSITORIO NACIONAL EN CIENCIA Y TECNOLOGÍA</b>			
<b>FICHA DE REGISTRO DE TESIS/TRABAJO DE TITULACIÓN</b>			
<b>TEMA Y SUBTEMA:</b>	<b>Protección a la inversión extranjera: Análisis de la normativa local frente al Derecho Internacional de Inversiones</b>		
<b>AUTOR(ES)</b>	<b>Alfredo José Zambrano Solines</b>		
<b>REVISOR(ES)/TUTOR(ES)</b>	<b>Johnny Dagoberto, De La Pared Darquea</b>		
<b>INSTITUCIÓN:</b>	Universidad Católica de Santiago de Guayaquil		
<b>FACULTAD:</b>	<b>Jurisprudencia, Ciencias Sociales y Políticas</b>		
<b>CARRERA:</b>	<b>Derecho</b>		
<b>TITULO OBTENIDO:</b>	<b>Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República</b>		
<b>FECHA DE PUBLICACIÓN:</b>	<b>28 de agosto de 2019</b>	<b>No. DE PÁGINAS:</b>	<b>32</b>
<b>ÁREAS TEMÁTICAS:</b>	<b>Derecho Internacional de Inversiones, derecho constitucional, arbitraje internacional</b>		
<b>PALABRAS CLAVES/ KEYWORDS:</b>	<b>Inversión extranjera, garantías, arbitraje, trato justo y equitativo, no discriminación, tratado bilateral de inversión, estándares</b>		
<b>RESUMEN:</b> El Ecuador ha cursado, a lo largo de la historia, una serie de tensiones en lo que respecta a la inversión extranjera, y en específico, a la protección de ésta. Su afinidad y participación para con los Tratados Bilaterales de Inversión fue fugaz, por lo que no existe una protección sustantiva de carácter internacional para todas aquellas inversiones que se concreten actualmente en el país. Errada es la idea que pretende equiparar las garantías y protecciones brindadas por el derecho local con las previstas en los tratados de inversión, simplemente no es suficiente. No obstante, el deseo del Ecuador de renegociar un régimen de protección internacional a la inversión extranjera ha sido manifestado en los últimos años de manera reiterativa, por lo que es fundamental, además de renegociar el regreso de los tratados bilaterales de inversión, considerar la incorporación de disposiciones que promuevan el respeto al Estado de acogida, en especial al medio ambiente y a su ciudadanía, a fin de precautelar la permanencia de estos mecanismos internacionales, que finalmente es su <i>raison d'être</i> .			
<b>ADJUNTO PDF:</b>	<input checked="" type="checkbox"/> SI	<input type="checkbox"/> NO	
<b>CONTACTO CON AUTOR/ES:</b>	<b>Teléfono:</b> +593984977903	<b>E-mail:</b> alfredozambrano@gmail.com	
<b>CONTACTO CON LA INSTITUCIÓN (COORDINADOR DEL PROCESO UTE)::</b>	<b>Nombre: Franco Mendoza Luis Eduardo.</b>		
	<b>Teléfono: + 593 99 474 8073</b>		
	<b>E-mail: luis.franco04@cu.ucsg.edu.ec</b>		
<b>SECCIÓN PARA USO DE BIBLIOTECA</b>			
<b>Nº. DE REGISTRO (en base a datos):</b>			
<b>Nº. DE CLASIFICACIÓN:</b>			
<b>DIRECCIÓN URL (tesis en la web):</b>			