



Universidad del Azuay

Facultad de Ciencias Jurídicas

Escuela de Derecho

**El arbitraje de inversiones en Ecuador: análisis
sobre la seguridad jurídica de los inversionistas y
la soberanía del Estado**

Autor:

Francisco Javier Jaramillo Nieto.

Director:

Dr. Esteban Coello Muñoz.

**Cuenca – Ecuador
2025**

DEDICATORIA

A mis padres, Verónica y Santiago, cuyo apoyo y forma de amar siempre ha sido brújula y refugio. Gracias por mostrarme, con su ejemplo, que la verdadera fuerza nace de la dedicación diaria y del corazón que nunca se rinde.

A mi pareja Emily, que convirtió cada duda en un impulso y cada cansancio en un motivo para seguir. Gracias por ser esa presencia serena que no exige palabras para comprender, y cuya fe en mí iluminó incluso los días que parecían no avanzar.

A mis abuelos, Aníbal y Janeth, por su apoyo incondicional que no pide explicaciones ni entiende de distancias. Su presencia, incluso cuando es discreta, siempre ha sido una fuerza que me sostiene.

A Corey y Chimuela, mis compañeros de cuatro patas, que sin decir palabra alguna lograron alegrar noches de cansancio y convertir el estudio en un refugio menos solitario.

AGRADECIMIENTO

A mis padres, Verónica y Santiago, por estar siempre presentes y darme el impulso necesario para avanzar.

A Emily, por su compañía constante y por sostenerme en los momentos más difíciles.

A mis abuelos, Aníbal y Janeth, por su respaldo sin condiciones.

A mi director, Esteban, por su orientación clara y oportuna; a mi tribunal, Paulina, por su apoyo y valiosos aportes y a Ana María Bustos, por su apoyo durante toda la carrera y en todos los proyectos académicos.

Al equipo de arbitraje, por cada reto compartido que fortaleció mi aprendizaje y a mis amigos de la universidad, por estar ahí en cada paso de este recorrido.

Gracias a todos por contribuir, de distintas maneras, a que este trabajo sea posible.

RESUMEN

El presente trabajo analiza la relación entre el arbitraje de inversiones, la seguridad jurídica y la soberanía del Estado ecuatoriano, mediante el estudio de los mecanismos internacionales de solución de controversias, concebidos para proteger las inversiones extranjeras y promover el desarrollo económico, y como estos interactúan con los principios constitucionales de soberanía y de interés público establecidos en el Ecuador. A partir de una revisión sistemática del marco jurídico nacional e internacional, así como del examen de casos emblemáticos se demuestra que las principales tensiones surgen de la ambigüedad de las obligaciones contenidas en los tratados y de la falta de precisión en la regulación de los instrumentos de protección a la inversión.

El arbitraje de inversiones no constituye, por sí mismo, una vulneración a la soberanía nacional, sino que exige un equilibrio entre los compromisos internacionales y la potestad regulatoria del Estado. La experiencia ecuatoriana revela la necesidad de fortalecer la técnica en la negociación de tratados, clarificar las obligaciones internacionales y consolidar instituciones nacionales capaces de garantizar la transparencia y la coherencia en la gestión de inversiones. En definitiva, el arbitraje de inversiones y la soberanía estatal no deben entenderse como conceptos opuestos, sino como elementos complementarios dentro de un modelo jurídico equilibrado que busca el desarrollo del Estado y la protección de las inversiones.

Palabras clave: arbitraje de inversiones, soberanía, seguridad jurídica, tratados bilaterales de inversión, Ecuador.


ABSTRACT

This study examines the relationship among investment arbitration, legal certainty, and the sovereignty of the Ecuadorian State through an analysis of international dispute-settlement mechanisms designed to protect foreign investments and promote economic development, and how these mechanisms interact with the constitutional principles of sovereignty and public interest established in Ecuador. Based on a systematic review of the national and international legal framework, as well as an assessment of landmark cases, the research shows that the main tensions arise from the ambiguity of treaty obligations and the lack of clarity in the regulation of investment-protection instruments.

Investment arbitration does not, in itself, amount to a violation of national sovereignty; rather, it requires a balance between international commitments and the state's regulatory authority. The Ecuadorian experience highlights the need to strengthen treaty-negotiation techniques, clarify international obligations, and consolidate national institutions capable of ensuring transparency and coherence in investment governance. Ultimately, investment arbitration and state sovereignty should not be viewed as opposing concepts but as complementary elements within a balanced legal framework aimed at fostering national development and protecting investments.

Keywords: investment arbitration, sovereignty, legal certainty, bilateral investment treaties, Ecuador.

Approved

A handwritten signature in blue ink that reads "Mónica Martínez Sojos" with a horizontal line underneath.

Lcda. Mónica Martínez Sojos, PhD (C)

Cod. 29598

ÍNDICE

DEDICATORIA	ii
AGRADECIMIENTO.....	iii
RESUMEN	iv
ABSTRACT	v
ÍNDICE.....	vi
INTRODUCCIÓN.....	1
CAPÍTULO 1 ARBITRAJE DE INVERSIONES, SEGURIDAD JURÍDICA Y SOBERANÍA	3
1.1 ¿Qué es la soberanía nacional?	3
1.2 ¿Cuál es el concepto de seguridad jurídica?	5
1.3 Generalidades del arbitraje de inversiones	6
CAPÍTULO 2 MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL Y CASOS RELEVANTES.....	8
2.1 Constitución de la república del Ecuador	8
2.2 Ley de Arbitraje y Mediación	10
2.3 Tratados Bilaterales de Inversión	11
2.3.1 Obligaciones Internacionales establecidas en los TBI.....	12
2.3.2 Evolución de los TBI en Ecuador	14
2.3.3 El caso del TBI entre Ecuador y Estados Unidos	16
2.4 Relación histórica del Ecuador con el sistema arbitral del CIADI..	18
2.5 Casos emblemáticos de Ecuador en Arbitraje de Inversiones	20
2.5.1 Caso Murphy vs. Ecuador (CIADI ARB/08/4)	20
2.5.2 Occidental Petroleum vs. Ecuador (CIADI ARB/06/11).....	21
2.5.3 Caso Perenco vs. Ecuador (CIADI ARB/08/6).....	25
2.5.4 Caso Worley vs Ecuador	27
CAPÍTULO 3 EFECTO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA SOBERANÍA NACIONAL.....	29
3.1 ¿El arbitraje de inversiones genera un perjuicio a la soberanía nacional?	29
3.2 Limitaciones a la potestad regulatoria del Estado.....	30
3.3 Tensiones entre el arbitraje de inversiones y la soberanía nacional	33

CAPÍTULO 4 EFECTO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA SEGURIDAD JURÍDICA.....	36
4.1 La seguridad jurídica como fomento a la inversión extranjera ...	36
4.2 El arbitraje de inversiones como mecanismo de seguridad jurídica	37
4.3 Beneficios del arbitraje de inversiones respecto a la seguridad jurídica.....	39
4.3.1 Previsibilidad normativa y confianza en la estabilidad legal ...	39
4.3.2 Profesionalización e imparcialidad en la resolución de controversias	40
4.3.3 Vinculación del laudo arbitral y cumplimiento internacional .	41
4.3.4 Prevención de conflictos y efecto disuasorio	43
4.3.5 Estímulo al fortalecimiento institucional y la lucha contra la corrupción	43
CAPÍTULO 5 HACIA LA ARTICULACIÓN ENTRE SEGURIDAD JURÍDICA Y SOBERANÍA NACIONAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES.....	45
5.1 Compatibilidad entre soberanía nacional y arbitraje de inversiones	45
5.2 Mecanismos para garantizar la seguridad jurídica sin vulnerar la soberanía.....	46
5.2.1 Inclusión de cláusulas sobre el “derecho a regular” en los TBI... ..	47
5.2.2 Reformulación de los estándares sustantivos de protección	48
5.2.3 Inclusión de obligaciones del inversionista y estándares de conducta empresarial.....	49
5.2.4 Reformas institucionales al sistema arbitral.....	51
5.2.5 Transparencia, participación mediante Amicus Curiae y control constitucional	52
5.2.6 Desarrollo de mecanismos regionales de solución de controversias	53
5.2.7 Mecanismos para controlar la práctica del treaty shopping	54
5.3 Análisis de un arbitraje de inversiones equilibrado.....	55
5.3.1 Reglas claras, simétricas y contextualizadas.....	56
5.3.2 Equilibrio procesal, reconveniones y defensa estatal	56
5.3.3 El arbitraje de inversiones y los objetivos del Estado: una relación complementaria	57
CONCLUSIONES	59
BIBLIOGRAFIA	61

INTRODUCCIÓN

El arbitraje de inversiones se ha consolidado como uno de los mecanismos de solución de controversias más relevantes dentro del ámbito jurídico, especialmente en el contexto de las relaciones entre los Estados y los inversionistas extranjeros, debido a que su creación responde a la necesidad de ofrecer un foro neutral y especializado que garantice la protección de las inversiones y la observancia de los compromisos internacionales, no obstante, su aplicación ha generado un amplio debate en torno a su compatibilidad con la soberanía estatal y la capacidad de los Estados para adoptar decisiones justificadas en el interés público.

En el caso ecuatoriano, esta discusión ha adquirido particular intensidad a raíz de la constitución de Montecristi de 2008, así como de los laudos internacionales que han tenido un impacto significativo en las finanzas públicas y en la formulación de políticas estatales.

La tensión entre soberanía y seguridad jurídica es el eje central de la presente investigación, cuyo propósito es analizar si el arbitraje de inversiones puede funcionar como un mecanismo complementario al desarrollo estatal, y no como una restricción a su autonomía. El estudio aborda de manera sistemática los fundamentos teóricos del arbitraje de inversiones, su relación con la soberanía nacional y la seguridad jurídica, el marco jurídico ecuatoriano e internacional aplicable, y los casos más relevantes en los que el Ecuador ha sido parte, de igual forma, se examina la evolución de la política estatal respecto de los tratados bilaterales de inversión y la participación en foros internacionales como el CIADI, con el fin de identificar los principales desafíos derivados de la experiencia nacional.

En su desarrollo, la investigación plantea que el arbitraje de inversiones y los objetivos de desarrollo del Estado deben entenderse como fenómenos complementarios, debido a que, desde la perspectiva estatal, la ratificación de tratados y mecanismos de protección de inversiones tiene como finalidad fomentar el crecimiento económico, atraer capitales y fortalecer los sectores estratégicos y productivos, no obstante, para alcanzar un equilibrio sostenible, es necesario que las obligaciones internacionales sean más claras y específicas, evitando formulaciones ambiguas que limiten la capacidad regulatoria del Estado.

Solo así, a través de un marco jurídico sólido y previsible sustentado en la seguridad jurídica, podrá garantizarse que el arbitraje de inversiones contribuya al desarrollo nacional sin menoscabar la soberanía ni el interés público. En este contexto, el presente trabajo busca ofrecer un análisis crítico sobre la relación entre arbitraje de inversiones, soberanía estatal y seguridad jurídica, aportando elementos teóricos y prácticos que permitan comprender la necesidad de un modelo equilibrado, transparente y compatible con los principios constitucionales del Ecuador.

CAPÍTULO 1 ARBITRAJE DE INVERSIONES, SEGURIDAD JURÍDICA Y SOBERANÍA

El arbitraje de inversiones como método alternativo de solución de controversias ha generado un amplio debate respecto a su impacto en conceptos jurídicos como la seguridad jurídica o la soberanía del Estado, generando críticas tanto a su aplicación, como a su prohibición, por ende, es relevante en primer lugar, analizar conceptualmente cada uno de estos elementos en tensión, ya que resulta indispensable tener una definición clara para identificar los puntos de conflicto y establecer criterios que permitan interpretar adecuadamente la problemática.

1.1 ¿Qué es la soberanía nacional?

Uno de los pilares fundamentales del Estado es su soberanía, la cual, se entiende tradicionalmente como el poder absoluto e independiente que posee un Estado dentro de su ámbito territorial, de sus habitantes y de sus decisiones políticas, además es la cualidad que otorga a un Estado la capacidad de autodeterminarse sin estar sujeto a un ente externo como otro estado u organización, dentro de los límites del derecho internacional.

Uno de los primeros conceptos adoptados respecto a la soberanía se encuentra en las formulaciones de Jean Bodin en el siglo XVI, quien la definió en su obra *Los Seis Libros de la Republica* como “el poder absoluto y perpetuo de una república” (Bodin, 1576). La evolución de esta doctrina es la teoría del Estado moderno, que la entiende como un poder jurídico, enmarcado en un sistema de normas y principios de derecho interno e internacional. Duguit en este sentido ya mencionaba límites a la soberanía, como lo es la libertad humana (Sáez Arjona, 2013).

La soberanía nacional en base al artículo 1 de la Constitución de la República del Ecuador es aquella que “radica en el pueblo, cuya voluntad es la base de la autoridad y que la ejercerá a través de los órganos del poder público y de las formas de participación directa previstas en la Constitución”, Esta norma nos permite evidenciar cuales son de manera interna varias de las características de la soberanía, en primer lugar nos menciona que es la población aquella que la ejerce pero mediante las instituciones del estado y las formas de participación directa establecidas en el ordenamiento jurídico.

Hay que considerar que la soberanía puede ser entendida desde una perspectiva interna que se manifiesta en la potestad del Estado para legislar, administrar justicia, regular la economía y dictar políticas públicas dentro de su territorio y desde un punto de vista externo, que implica la independencia del Estado frente a cualquier otro poder, nación u organización internacional, reafirmando su derecho a no ser sometido a imposiciones externas que vulneren su autonomía política y jurídica.

Actualmente la soberanía, dada la interdependencia económica, política y jurídica de los Estados en el contexto de la globalización, debe ser flexible y entenderse desde un punto de vista compatible con los cambios y necesidades que surgen con el paso del tiempo y el desarrollo tanto nacional como internacional. En este sentido Carolina Revelo menciona que:

El fenómeno de la globalización trae consigo varios cambios, ya que ocasiona que un Estado se reajuste y se adecúe a las crecientes demandas internacionales, dejando atrás aquellas nociones convencionales sobre Estado y soberanía. En la actualidad los países tienden a reafirmar su soberanía mediante la integración comercial y económica, lo cual involucra la suscripción de acuerdos internacionales en materia comercial, de inversiones, solución de conflictos, entre otros. (Revelo Ávila, 2011)

La soberanía no debe verse como una barrera a que los Estados participen y colaboren dentro de la comunidad internacional, al contrario, constituye la base sobre la cual se edifica un orden público internacional caracterizado por la coexistencia, la complementariedad y la correspondencia entre los distintos actores, ya que es precisamente esta soberanía la que otorga a los Estados la facultad de organizarse internamente y participar en condiciones de igualdad en el escenario internacional.

La firma de tratados internacionales, la integración en organismos multilaterales y la participación en mecanismos como el arbitraje internacional de inversiones implican una cesión parcial de competencias en beneficio de la cooperación y la seguridad jurídica internacional, no obstante, esta cesión no representa pérdida de la soberanía, sino su ejercicio racional, orientado a garantizar los intereses nacionales en un entorno global. La doctrina actual entiende a la soberanía no como una potestad ilimitada, sino como una

facultad condicionada por el respeto a los derechos humanos, el derecho internacional y la obligación de los Estados de cumplir sus compromisos.

1.2 ¿Cuál es el concepto de seguridad jurídica?

La seguridad jurídica es un principio y obligación estatal que garantiza la certeza sobre las normas que rigen su conducta, así como la previsibilidad de las decisiones de las autoridades respecto a cambios normativos que puedan afectar derechos, obligaciones o parte del sistema jurídico, en este sentido Ricardo García (2004) analizando al doctrinario Gustav Radbruch menciona que en base a la visión de este autor la seguridad jurídica establece como requisitos que el derecho este positivizado (la existencia de normas jurídicas), sea preciso (que sea basado en hechos y no en juicios de valor) y tenga estabilidad (no debe ser modificada con demasiada frecuencia).

Dentro de la constitución de la república del Ecuador, la seguridad jurídica se encuentra reconocida en el artículo 82, que establece que “el derecho a la seguridad jurídica se fundamenta en el respeto a la Constitución y en la existencia de normas jurídicas previas, claras, públicas y aplicadas por las autoridades competentes”. Esta disposición vincula la seguridad jurídica con la supremacía constitucional y con el principio de legalidad.

Para entender la aplicación de este concepto es necesario considerar su perspectiva formal, que exige la existencia de un orden normativo coherente y estable, donde las normas sean conocidas, accesibles y no se apliquen de forma retroactiva y su parte material, que se relaciona con la justicia de las normas y con su aplicación conforme a los derechos fundamentales.

Además, este concepto engloba una perspectiva objetiva y subjetiva, respecto a aquello Alberto Vargas (2023) menciona que;

Desde un punto de vista subjetivo, la seguridad es la convicción que tiene la persona de que la situación de la cual goza no será modificada por una acción contraria a los principios que rigen la vida social. Se fundamenta sobre la existencia de hecho de un estado social que protege a la persona. En un sentido objetivo, se confunde la seguridad con la existencia de un estado de organización social, de un orden social preconcebido

Es necesario aclarar que la seguridad jurídica no se refiere a una inmutabilidad del sistema jurídico, pues los Estados conservan su potestad para modificar sus normas, no obstante, los cambios deben ser justificados y racionales para que no afecten la confianza de las personas nacionales e internacionales respecto a la estabilidad normativa. En este sentido, el desafío consiste en equilibrar la seguridad jurídica que protege tanto a nacionales como a extranjeros mediante la facultad regulatoria del Estado, especialmente cuando se trata de políticas económicas, sociales o ambientales.

1.3 Generalidades del arbitraje de inversiones

En un mundo globalizado donde las relaciones entre estados, inversionistas y distintos agentes nacionales e internacionales, se vuelven cada vez más complejas, es necesaria la existencia de mecanismos que permitan revisar y solucionar todas aquellas controversias, las cuales por su naturaleza demandan un mayor grado de seguridad jurídica.

En respuesta a esta necesidad nace el arbitraje de inversiones, el cual es un mecanismo alternativo de solución de controversias (MASC) donde un inversionista extranjero y un Estado someten su disputa a un tribunal internacional especializado en inversiones. Pablo Rey (2007) recalca la importancia del arbitraje en el contexto de la globalización mencionando que en el escenario transnacional el arbitraje es un mecanismo idóneo para proteger los derechos y solucionar disputas.

Las fuentes de las cuales nace la posibilidad de acudir a este MASC son principalmente los tratados, los cuales pueden ser bilaterales de inversión (TBI), de libre comercio (TLC) o acuerdos sobre protección de inversiones, no obstante, también se puede proteger inversiones y acudir a este MASC en contratos (como los de concesión o de inversión) o incluso en leyes locales relativas a protección de inversiones. Independientemente de la fuente, estos instrumentos tienen como objeto proteger la inversión, garantizar derechos frente a medidas estatales y dar el consentimiento (o en el caso de la ley dar la oferta) para arbitrar.

El arbitraje de inversiones tiene una particularidad interesante desde el punto de vista jurídico y es que tiene su origen en el derecho internacional público (mediante la ratificación de tratados de inversión o convenios internacionales como el del CIADI y la aplicación de principios como el de buena fe o el de estoppel) pero la protección dada al

inversionista y el ejercicio de la inversión se regula desde el derecho internacional privado, incluso se lo considera como un derecho de frontera con regulaciones de derecho interno público y privado (Aljure Salame et al., 2022)

En este sentido para que se pueda acudir a arbitraje de inversiones se deben cumplir ciertos requisitos indispensables, en primer lugar debe existir un instrumento legal que proteja la inversión y que contemple la posibilidad de acudir al arbitraje de inversiones, posteriormente el tribunal arbitral debe tener jurisdicción para resolver la controversia, y una vez se proceda a analizar el fondo es importante identificar el incumplimiento a un instrumento legal que proteja inversiones (en otras palabras que se configure un ilícito internacional), que dicho incumplimiento o ilícito genere un daño y que exista un nexo causal claro. Sumado a estos requisitos, hay que considerar que la inversión debe ser protegida, lo cual en la práctica genera debate en cuanto los TBI no suelen definirlo de forma clara, por lo que el uso de test analizados desde la jurisprudencia suele ser un tema recurrente en estos casos (El test de Salini para determinar la calidad de inversionista es un ejemplo claro).

Felipe Merizalde y María José Monroy (2023) reconocen la existencia de problemáticas respecto al arbitraje de inversiones (sobre todo por ser un sistema relativamente joven y por generar una supuesta afectación a la soberanía de los estados) sin embargo se enfatiza que este sistema de solución de controversias ha sido efectivo en cumplir con su propósito de proteger los derechos de los inversionistas frente a las actuaciones estatales

CAPÍTULO 2 MARCO JURÍDICO NACIONAL E INTERNACIONAL Y CASOS RELEVANTES

El arbitraje de inversiones ha sido principalmente polémico en Ecuador, los cambios normativos, los tratados denunciados y los casos relevantes en los cuales se ha visto involucrado el Estado, han generado un ambiente dividido respecto a la actualidad de este MASC, por lo tanto, es imperativo revisar cada uno de estos elementos para comprender de donde surge los principales puntos de tensión desde el punto de vista jurídico.

2.1 Constitución de la república del Ecuador

El arbitraje (junto con la mediación y otros métodos alternativos de solución de controversias) está expresamente reconocido dentro del ordenamiento jurídico ecuatoriano como un mecanismo para resolver disputas fuera de la jurisdicción ordinaria, en este sentido, la Constitución de la República del Ecuador (2008) en su artículo 190 establece que:

Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir. En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.

Esta norma legitima el arbitraje dando así una alternativa a la justicia ordinaria, siempre que se trate de materias transigibles, es decir, aquellas en las que las partes tienen la libre disposición de negociar, acordar y disponer de sus derechos, adicionalmente, introduce una restricción específica para la contratación pública, en la cual el arbitraje debe realizarse en derecho (no en equidad) y requiere del pronunciamiento de la Procuraduría General del Estado en la forma determinada en la ley, como medida de protección del interés público y de los recursos estatales.

No obstante, la norma de la cual surge la controversia respecto al arbitraje de inversiones se encuentra dentro del artículo 422, que establece la siguiente prohibición:

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.

Esta disposición busca preservar la jurisdicción soberana del Estado frente a controversias de índole contractual y comercial, en las que el Estado podría quedar en una posición de desventaja frente a inversionistas extranjeros.

La propia Constitución no prohíbe expresamente los arbitrajes en materia de inversiones, sino que establece límites a la ratificación de tratados internacionales que puedan implicar una cesión irrestricta de soberanía. Esto ha generado un debate doctrinario respecto a si el Ecuador puede someterse a arbitrajes de inversión sin vulnerar el artículo 422, como en el caso en que se establezca una cláusula arbitral relativa a inversiones en contratos entre el Estado y un inversionista extranjero.

Por otro lado, el mismo artículo 422 incluye una excepción relevante para mecanismos arbitrales de carácter regional mandando que:

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.

Esta disposición permite que Ecuador participe en sistemas arbitrales regionales, y refleja la intención de no excluir por completo el arbitraje internacional, sino de priorizar instancias que respeten el contexto latinoamericano, no obstante, aquello resulta inaplicable en la actualidad debido a que no existen centros a los cuales puedan referirse los tratados (aunque es cierto que han existido propuestas y esfuerzos por conformarlos) por ende, el modelo ecuatoriano de arbitraje combina un reconocimiento amplio en el ámbito interno con prohibiciones en el ámbito internacional.

2.2 Ley de Arbitraje y Mediación

El arbitraje en Ecuador se encuentra regulado en la Ley de Arbitraje y Mediación (2006) donde se encuentra el marco legal aplicable a los mecanismos alternativos de solución de conflictos. Esta ley en su artículo 1 da la posibilidad a que las partes, de mutuo acuerdo, sometan sus controversias a todo aquello que se pueda transigir. Este artículo refleja uno de los principios del arbitraje el cual es la voluntad de las partes, ya que el sometimiento a esta vía exige la existencia de un convenio arbitral válido que renuncie a la justicia ordinaria para someterse a un MASC.

El artículo 4 de la LAM establece que pueden someterse al arbitraje todas las personas naturales o jurídicas con capacidad para transigir, sin embargo, cuando se trata de entidades del sector público, la ley impone requisitos adicionales para garantizar el control de la legalidad y la protección del interés público.

Estos requisitos incluyen la necesidad de pactar el convenio arbitral antes del surgimiento de la controversia, o en su defecto, obtener el pronunciamiento obligatorio del Procurador General del Estado (En este punto existe un debate vigente en base a las implicaciones del Decreto Ejecutivo No. 193 que aprueba el Reglamento General a la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública); que la relación jurídica tenga un carácter contractual; que se especifique la forma de selección de los árbitros; y que el convenio sea firmado por la autoridad competente para contratar a nombre de la institución pública. La omisión de cualquiera de estos requisitos acarrea la nulidad del convenio arbitral.

En lo que respecta al arbitraje internacional, el artículo 41 de la LAM señala que este será posible, sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales, cuando las partes así lo hubieren pactado y se cumpla al menos una de las siguientes condiciones: que las partes tengan domicilios en Estados distintos al momento de suscribir el convenio arbitral; que el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el objeto del litigio tenga una relación más estrecha fuera del territorio nacional; o que el litigio se refiera a una operación de comercio internacional susceptible de transacción y que no afecte los intereses nacionales o de la colectividad.

De esta forma, la ley reconoce la posibilidad de que las controversias con elementos transfronterizos sean resueltas en centros arbitrales internacionales, siempre que no se vulneren los principios fundamentales del orden jurídico interno.

El artículo 42 en este mismo sentido establece que el arbitraje internacional se regirá por los tratados, convenciones y demás instrumentos internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador, además, y siguiendo los principios del arbitraje, las partes gozan de plena libertad para determinar el procedimiento arbitral, incluyendo aspectos como la constitución del tribunal, el idioma, la ley aplicable, la jurisdicción y la sede del arbitraje.

Es necesario en este punto tener en cuenta que las instituciones públicas si bien pueden acudir a arbitraje internacional, requieren la autorización de su máxima autoridad y el informe favorable del Procurador General del Estado salvo que el arbitraje ya esté previsto en instrumentos internacionales vigentes. Los laudos emitidos en procedimientos de arbitraje internacional tienen en el Ecuador los mismos efectos y son ejecutados de igual forma que los laudos nacionales, lo que garantiza su reconocimiento y eficacia.

2.3 Tratados Bilaterales de Inversión

Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) son instrumentos de carácter internacional celebrados entre Estados con el propósito de dar protección y garantizar las inversiones realizadas por los nacionales o empresas de uno en el territorio del otro.

El origen de los TBI se remonta a mediados del siglo XX, como menciona Nicolas Perrone (2017) el primer planteamiento respecto a la creación y promulgación de tratados internacionales de inversión fue propuesto por Hermann Abs quien hacía énfasis en la necesidad de que los países tengan inversión privada extranjera para su óptimo desarrollo. Todo esto se dio en el contexto en que el comercio internacional y la globalización demandaron la creación de acuerdos que otorgaran más garantías a los extranjeros que pusieran su capital en determinado país, en este sentido el primer TBI se dio entre Pakistán y Alemania Occidental el 25 de noviembre de 1959.

Debido a la seguridad jurídica que ofrece, se ha consolidado como el mecanismo idóneo para contrarrestar los riesgos asociados a inversiones sobre todo en Estados con un riesgo país elevado o cambios de política estatal frecuentes, brindando a los

inversionistas un marco normativo con un mayor grado de estabilidad, mediante obligaciones previamente negociadas y que protegen aspectos específicos que buscan garantizar el respeto de sus derechos frente a medidas arbitrarias o expropiatorias.

En términos jurídicos, los TBI constituyen acuerdos internacionales de naturaleza recíproca que establecen un conjunto de estándares mínimos de trato y mecanismos de protección destinados a regular la relación entre el Estado receptor y los inversionistas extranjeros funcionando como herramientas normativas que buscan equilibrar los intereses de los Estados y los inversionistas, al ofrecer previsibilidad y confianza en las relaciones económicas internacionales, consolidando la seguridad jurídica como elemento esencial del desarrollo y la cooperación internacional.

Sin embargo, los TBI no han estado libres de críticas, por el contrario, desde su inicio se ha manifestado los efectos negativos que los mismos pueden tener en la política estatal, ya que, por un lado, se ha puesto en discusión si dentro de la práctica estos instrumentos generan mayor inversión, y por otro si las obligaciones contenidas en los tratados están correctamente establecidas.

2.3.1 Obligaciones Internacionales establecidas en los TBI

Los TBI, aunque negociados para contextos específicos y necesidades propias de las relaciones entre estados, tienen la particularidad de establecer obligaciones internacionales comunes, en este sentido, es necesario analizarlas para tener una mejor visión de las disputas que se pueden llegar a generar dentro del arbitraje de inversiones.

En primer lugar, hay que tener en cuenta que el termino inversión dentro de los tratados suele entender desde un punto de vista amplio el cual abarca tanto bienes tangibles como intangibles (derechos de propiedad intelectual, acciones, derechos contractuales, etc). Dentro de centros como el CIADI se ha discutido si al momento de determinar la calidad de inversor (sobre todo respecto al ámbito material) debe restringirse a lo literal de lo establecido en el TBI o se pueden utilizar criterios doctrinales, jurisprudenciales y la realidad fáctica y económica de la relación con el Estado.

Como segundo punto hay que observar que los tratados mayoritariamente incluyen la obligación de trato y justo equitativo (TJE), la cual, demanda al Estado a tener un trato razonable, proporcional y de buena fe respetando las legítimas expectativas del

inversionista, por lo que, este estándar busca garantizar un nivel de protección amplio frente a actuaciones estatales arbitrarias o imprevisibles que puedan afectar la estabilidad de la inversión.

Otra obligación internacional que encontramos en este instrumento legal es la de nación más favorecida, la cual garantiza que el Estado no otorgara un trato más beneficioso a inversionistas de otro país que el concedido al inversionista protegido por el tratado. En esta misma línea la obligación de Trato Nacional tiene como objetivo que el Estado receptor trate de la misma manera a los inversionistas extranjeros que a sus propios nacionales.

Otro punto clave en estos instrumentos es que son una protección idónea contra expropiaciones, ya sean directas o indirectas, las cuales pueden ser realizadas solo por causas relativas al interés público, respetando el debido proceso y pagando lo que en derecho corresponda de manera oportuna, adecuada y efectiva, por lo que la prohibición de expropiaciones que no cumplan con aquello, se encuentra contemplada dentro de los tratados para garantizar que las actuaciones estatales sean justificadas y proporcionales, en donde siempre debe existir la indemnización correspondiente. Del mismo modo, los TBI reconocen la libre transferencia de capitales realizada por los inversionistas, dentro de lo que se encuentran utilidades, dividendos, regalías y cualquier otro ingreso relacionado con la inversión.

Otro punto de análisis respecto a las obligaciones internacionales son las cláusulas paraguas, las cuales en palabras de Polanco & Manrique de Lara Seminario (2021) consisten en “disposiciones contenidas en acuerdos internacionales de inversiones (aii) que tienen como objeto elevar una disputa contractual entre un inversionista y un Estado al nivel de una posible violación de dicho tratado” lo cual resulta interesante en la práctica ya que permite a los inversionistas poder demandar incumplimientos contractuales como si se trataran de ilícitos internacionales, en este sentido es importante considerar el criterio de los autores citados para entender la dinámica de esta cláusula, los cuales mencionan que “el tribunal arbitral tendría que determinar la violación del contrato usando el derecho nacional que rige el contrato. Solo después de haber determinado esto, el tribunal arbitral estaría autorizado a considerar la violación del contrato como una violación del tratado en referencia a la cláusula paraguas”.

Finalmente, los TBI suelen prever mecanismos alternativos de solución de controversias respecto a su objeto, permitiendo al inversionista acudir directamente a tribunales arbitrales internacionales en centros como el CIADI o la CNUDMI, siendo esta una de las principales fuentes del arbitraje de inversiones donde se plasma la voluntad para arbitrar, en este sentido no suele exigirse agotar los recursos internos del país receptor, sin embargo, muchas veces se establece la posibilidad de que pueda usarse cualquiera de las dos vías, la justicia ordinaria del país o el arbitraje de inversiones.

Las obligaciones internacionales mencionadas son las que suelen ser más frecuentes y tener más trascendencia en las reclamaciones internacionales, lo cual muestra que dentro de estos tratados se establecen una gran cantidad de compromisos que asume el Estado para dar el mayor grado de seguridad jurídica, no obstante, es cierto que existe debate respecto a la ambigüedad de ciertos términos lo cual (como se analizara posteriormente), puede generar un perjuicio que debe ser contrarrestado al momento de negociar o modificar los TBI.

2.3.2 Evolución de los TBI en Ecuador

Los TBI han sufrido grandes cambios a lo largo de su historia dentro del contexto ecuatoriano, el primer caso en que Ecuador ratificó uno de estos tratados fue con Alemania en 1965 (aunque posteriormente fue reemplazado por otro TBI en 1996) no obstante, durante la década de 1990, el país adoptó una política activa de firma y ratificación de estos instrumentos con distintos Estados, debido a la intención de promoción de la inversión extranjera. Los TBI tenían la misión de ser herramientas eficientes para generar confianza y seguridad en los inversionistas extranjeros, en esta etapa, Ecuador suscribió más de 20, entre los cuales se encuentran el de Estados Unidos (1993) Chile (1993) y Alemania (1996) que incluían mecanismos de solución de controversias de arbitraje de inversiones.

Esta política tuvo un cambio radical tras la aprobación de la Constitución de 2008, ya que la misma (como ya se ha analizado), en su artículo 422, prohíbe expresamente que el Estado ecuatoriano celebre tratados donde se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales o comerciales. Esta norma tuvo un propósito claro, el cual inspirado en la doctrina de Carlos Calvo, busca que las

controversias entre extranjeros y el Estado sean resueltas por medio de los recursos internos por un tema de soberanía nacional y de equidad entre Estados.

Uno de los principales argumentos para este cambio de la política ecuatoriana fue que estos tratados otorgaban ventajas consideradas como excesivas a los inversionistas, pero sin generar beneficios económicos proporcionales para el Estado receptor, sumado a esto hubo una clara disconformidad por las decisiones de los tribunales arbitrales en donde el Estado tuvo que indemnizar con sumas considerables de dinero.

Durante el mandato presidencial de Rafael Correa (2007-2017) se impulsó una revisión de los TBI vigentes y del arbitraje de inversiones en general. Ecuador denunció la Convención del CIADI en 2009, lo cual evidenció un claro rechazo al sistema de arbitraje de inversiones, por otro lado, para sustentar la viabilidad de las políticas estatales y estudiar el efecto del arbitraje de inversiones, en 2013, se conformó la Comisión para la Auditoría Integral de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones (CAITISA), que evaluó el impacto económico y jurídico de estos instrumentos mediante un informe, donde se estableció que los TBI no generaron de forma directa un incremento de la inversión extranjera en el país y que, por el contrario, habían ocasionado al Ecuador costosas demandas internacionales. Redes at Uruguay (2016) analizando el trabajo de CAITISA en Ecuador determinaron lo mismo mencionando que “no existe evidencia clara de la causalidad entre la firma de TBI y la atracción de inversiones”.

La política actual del Ecuador evidencia una tendencia de apertura moderada hacia los mecanismos internacionales de protección de inversiones, aunque aún se encuentra condicionada por las limitaciones constitucionales establecidas en el artículo 422. En los últimos años, el Estado ha reconocido la importancia de fomentar la inversión extranjera directa como herramienta para impulsar el desarrollo productivo, tecnológico y social, especialmente en sectores estratégicos como la energía, la minería, las telecomunicaciones y la infraestructura y bajo esta premisa, se han promovido iniciativas orientadas a generar un entorno más estable, transparente y predecible para los inversionistas, sin dejar de resguardar la potestad estatal de control y regulación.

Incluso, los debates nacionales recientes (entre ellos los impulsados en el marco de la consulta popular de 2024) reflejan un interés creciente en reabrir la discusión sobre la posibilidad de que el Ecuador participe nuevamente en sistemas internacionales de

solución de controversias en materia de inversiones, siempre que estos se encuentren alineados con los principios de soberanía y desarrollo sostenible.

Estos esfuerzos muestran una búsqueda de equilibrio entre la atracción de capital extranjero y la protección del interés público, reconociendo que el aislamiento total del sistema internacional de inversiones no resulta viable desde una perspectiva global.

No obstante, el artículo 422 de la Constitución continúa siendo una restricción sustancial para la suscripción de nuevos tratados bilaterales de inversión, por lo que este límite constitucional mantiene al país en un escenario de cautela jurídica, donde la política de inversión debe articularse dentro de los márgenes del derecho interno, en consecuencia, el desafío actual para el Ecuador radica en diseñar un modelo que permita compatibilizar la apertura económica con el respeto a su soberanía, asegurando que las inversiones extranjeras se traduzcan en beneficios reales para el desarrollo nacional.

La evolución de la política de TBI en el Ecuador refleja un amplio debate y cambios que van desde un modelo de apertura a la inversión extranjera, para posteriormente apartarse totalmente de la posibilidad de arbitrar respecto a los TBI y finalmente un enfoque actual que busca un punto de equilibrio de la atracción de inversiones con la preservación de la soberanía regulatoria del Estado evitando generar situaciones desventajosas para el Estado respecto a estos instrumentos, debido a la experiencia en arbitrajes internacionales. Esta tensión generada por la necesidad de entornos de seguridad jurídica para los inversionistas y de la protección de soberanía estatal es el debate sobre la aplicación de los TBI en el Ecuador.

2.3.3 El caso del TBI entre Ecuador y Estados Unidos

El Tratado Bilateral de Inversiones entre Ecuador y Estados Unidos, el cual fue suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado en 1995, es considerado uno de los instrumentos más representativos del modelo de protección a los inversionistas que Ecuador adoptó en la década de 1990.

Este tratado buscaba un mayor nivel de inversión proveniente de capitales Estadunidense fortaleciendo a su vez la cooperación económica con este país y para aquello se establecieron derechos y obligaciones que garantizaran seguridad jurídica, conteniendo cláusulas de trato justo y equitativo, protección contra expropiaciones,

transferencia de capitales y solución de controversias mediante mecanismos de arbitraje internacional, no obstante es innegable que las cláusulas negociadas fueron establecidas de forma abierta y por lo tanto se podía dar un cierto grado de ambigüedad al momento de interpretarlas.

El artículo 2 del Tratado entre la República Del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones (República del Ecuador & Estados Unidos de América, 1993) establecía una obligación de trato nacional y de nación más favorecida, mencionando que “Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de manera no menos favorable que la que otorga en situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país”. Dentro de la misma disposición se estableció la obligación de no adoptar medidas arbitrarias o discriminatorias que pudieran afectar las inversiones.

De forma similar, el artículo 3 del mismo tratado manda que “Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización”, salvo por razones de interés público, mediante el pago de una compensación en base a derecho y calculada teniendo en cuenta el valor de mercado de la inversión antes de que produjera dicha expropiación.

El principal punto de debate respecto a este TBI, y la razón por la cual se dio su denuncia es el artículo 6, el cual facultaba someter disputas derivadas de los derechos y obligaciones del tratado directamente a arbitrajes de inversiones sin el requisito de agotar previamente los recursos internos, en dicho artículo se menciona que “la sociedad o el nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio”. Se menciona por la Corte Constitucional que esta cláusula implicaba una cesión parcial de la jurisdicción soberana del Ecuador.

La Corte Constitucional, mediante el Dictamen 043-10-DTI-CC (Dictamen No. 043-10-DTI-CC sobre el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, 2011), a petición de poder ejecutivo del Ecuador, concluyó que el TBI con Estados Unidos violaba el art 422 de la Constitución de 2008. A criterio de la corte la cesión de jurisdicción a tribunales

arbitrales internacionales era motivo legalmente suficiente para proceder con la denuncia del TBI. La corte también manifestó que este tratado podía vulnerar la soberanía regulatoria del país frente a demandas de inversionistas respecto a medidas legítimas adoptadas por el Estado en defensa del interés público.

Es importante considerar que el mencionado TBI en su art 12 inciso 3) establece que:

Con respecto a las inversiones efectuadas o adquiridas antes de la fecha de terminación del presente Tratado, y a las cuales el presente Tratado sea por lo demás aplicable, las disposiciones de todos los demás artículos del presente Tratado continuarán en vigor durante un período adicional de diez años después de la fecha de terminación.

Esto significa que, aunque el tratado ya no esté vigente, los inversionistas cuyas inversiones fueron realizadas antes de la denuncia aún pueden presentar reclamaciones basadas en el tratado hasta el año 2027, por lo que el Estado ecuatoriano todavía puede ser demandado en arbitraje de inversiones.

2.4 Relación histórica del Ecuador con el sistema arbitral del CIADI

El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) es un ente dependiente del Banco Mundial el cual es considerado como uno de los foros más importantes relativos a la solución alternativa de controversias en materia de inversiones. El CIADI nace en 1966 con el Convenio sobre arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados (1966) el cual establece en su artículo 1 que “Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones”

Ecuador formo parte de este centro a partir de la ratificación de la Convención en 1986, esta adhesión tuvo como efecto que las controversias relativas a tratados de inversión o contratos con inversionistas extranjeros podrían ser resueltas por tribunales arbitrales internacionales bajo el centro del CIADI con su respectivo reglamento, cuyas decisiones son vinculantes y tienen fuerza de sentencia.

En julio de 2009, Ecuador denunció formalmente la Convención del CIADI, siendo de los primeros en hacerlo en América Latina, no obstante, en el caso ecuatoriano la decisión se sustentó en el artículo 422 de la Constitución de 2008 (por razones similares por las que se denunciaron los TBI conforme se analizó anteriormente). La denuncia de la Convención no significó que el centro dejara de tener jurisdicción en todos los procedimientos arbitrales, ya que los tratados bilaterales de inversión con cláusulas de arbitraje CIADI continuaron siendo aplicables.

El efecto de aquello fue un período de transición en el que Ecuador enfrentó demandas bajo TBI que remitían al CIADI, sin embargo, para reducir esta exposición (al menos al largo plazo), el Estado impulsó la denuncia de los TBI.

La decisión de Ecuador formó parte de una tendencia regional liderada por países como Bolivia y Venezuela, que cuestionaron el papel del CIADI en el contexto de la soberanía y el derecho al desarrollo, Ecuador también promovió, junto con otras naciones, el proyecto de creación de un Centro de Arbitraje de UNASUR, diseñado como una alternativa regional, aunque aquello no llegó a concretarse.

En el año 2021 Ecuador tomó la decisión de adherirse nuevamente al CIADI como resultado de una política estatal más cercana a los MASC generando así una apertura al arbitraje de inversiones, sin embargo, debido al artículo 422, existe todavía un debate respecto a la utilidad de formar parte de esta institución internacional, no obstante, hay que considerar que algunos TBI (como el de Ecuador y Estados Unidos) se mantiene vigente por cláusulas de supervivencia, por lo cual, Ecuador aún puede ser demandado y el CIADI puede tener jurisdicción y competencia para resolver dichas causas.

Otra aplicación clara de la reincorporación al CIADI es la posibilidad de que el Estado se someta a este centro en base a cláusulas contractuales en contratos de inversión, en palabras de Felipe Castro Zurita (2024) “la utilidad que tiene ser parte del CIADI actualmente puede palparse en la posibilidad de pactar arbitraje bajo en el CIADI para resolver controversias basadas en un contrato”

No obstante, esta medida sigue siendo insuficiente respecto a las exigencias internacionales de seguridad jurídica en materia de inversiones, además el resultado de la consulta popular de 2024 puede generar tensión y debate respecto a la participación de Ecuador en este Centro.

2.5 Casos emblemáticos de Ecuador en Arbitraje de Inversiones

Uno de los aspectos más controvertidos en torno al arbitraje de inversiones son los casos de relevancia internacional en los que el Ecuador ha sido parte demandada. Resulta, por tanto, necesario analizar los principales precedentes arbitrales para comprender con mayor precisión el origen y la naturaleza de las tensiones que han caracterizado la relación del Estado ecuatoriano con este mecanismo de solución de controversias.

2.5.1 Caso Murphy vs. Ecuador (CIADI ARB/08/4)

Murphy Exploration & Production Company International vs. República del Ecuador (2010) fue un arbitraje de inversiones que derivó de controversias relativas a contratos petroleros para la explotación de hidrocarburos. En este contexto Murphy International, mantenía el 10% de las participaciones de un consorcio que operaba en el Bloque 16 de la Amazonía ecuatoriana.

La controversia surge tras la promulgación de la Ley 42 de 2006, la cual, incrementó la participación del Estado en los ingresos extraordinarios de los contratos petroleros, inicialmente al 50% (como se estableció originalmente en la ley) para posteriormente aumentarse al 99% mediante el Decreto Ejecutivo 662. Debido a esto Murphy consideró que esta medida afectaba su inversión, lo que llevó a presentar una demanda arbitral contra Ecuador en 2008, amparándose en el TBI entre Ecuador y Estados Unidos.

La defensa de Murphy se basó en que el Ecuador había incumplido con sus obligaciones establecidas en el TBI, incluyendo la de trato justo y equitativo, la protección y garantías frente a expropiaciones y en general la protección de la inversión, además se invocó la cláusula paraguas del TBI, alegando que el Estado ecuatoriano había incumplido obligaciones contractuales asumidas con el inversionista.

Por otro lado, la defensa de Ecuador consistió en cuestionar la jurisdicción del tribunal arbitral, alegando que, en diciembre de 2007, el Estado notificó al CIADI, en virtud del artículo 25(4) de la Convención, que no aceptaría arbitrajes relacionados con recursos naturales.

Ecuador sostuvo que la mencionada notificación tenía el efecto jurídico de la falta de consentimiento para arbitrar, además, se argumentó que Murphy no cumplió con las cláusulas escalonadas pactadas, en particular la necesidad de un período de espera de seis meses previsto en el artículo VI del TBI, que exige una etapa de consultas antes de iniciar un arbitraje. Según el Estado, la empresa presentó la solicitud de arbitraje apenas tres días después de notificar al Estado la controversia.

Rodrigo Oreamuno, Horacio Grigera Naón y Raúl Vinuesa, conformaron el tribunal arbitral, el cual analizó en primer lugar la objeción relativa al consentimiento. El tribunal determinó que la notificación de Ecuador al CIADI no podía eliminar o viciar el consentimiento otorgado en el TBI con Estados Unidos. El tribunal sostuvo que el artículo 25(4) de la Convención del CIADI es de carácter informativo y no permite modificar unilateralmente las obligaciones asumidas en un tratado internacional ya que en base al principio *Pacta Sunt Servanda* esta notificación no funciona de forma retroactiva y no puede eximir de obligaciones previamente adquiridas por el Estado.

La objeción de Ecuador relativa al incumplimiento del período de espera si fue aceptada por el Tribunal Arbitral, el cual concluyó que Murphy International no cumplió con el requisito de seis meses de consultas y negociaciones previas, debido a que presentó su solicitud de arbitraje tres días después de notificar la disputa al Estado.

Este incumplimiento se consideró una cláusula escalonada esencial y obligatoria para la jurisdicción del tribunal, por lo que el caso fue desestimado por falta de jurisdicción, sin entrar al análisis de fondo de la controversia. Si bien la defensa del Ecuador tuvo como resultado un triunfo procesal temporal, posteriormente el Estado si fue condenado en un arbitraje bajo reglas CNUDMI a pagar USD 19,9 millones más intereses.

2.5.2 Occidental Petroleum vs. Ecuador (CIADI ARB/06/11)

El caso de Occidental Petroleum Corporation (OPC) y Occidental Exploration and Production Company (OEPC) vs. República del Ecuador (*Caso CIADI No. ARB/06/11: Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company C. La República del Ecuador*, 2012) tuvo su origen en la caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15, el 15 de mayo de 2006.

OEPC había suscrito este contrato con PetroEcuador en 1999 con la finalidad de explorar y posteriormente explotar en zonas de la Amazonia Ecuatoriana. En las cláusulas contractuales se otorgaba a la compañía OEPC un porcentaje de participación en la producción de aproximadamente el 70% del petróleo producido, a cambio de asumir todos los costos de las fases de explotación minera que iba a desarrollar.

Ecuador alegó que OEPC incurrió en incumplimientos contractuales al transferir indirectamente participaciones del 40% a Alberta Energy Company (AEC) mediante el “Acuerdo de Farmout” sin que el Estado de la autorización previa requerida. Debido a esto el Estado declaró la caducidad del contrato, ordenando la entrega inmediata del Bloque 15 y de los activos asociados a PetroEcuador.

OEPC planteo en su demanda que la caducidad y terminación del contrato fue una medida infundada, desproporcionada y sin justificación suficiente, lo que generaba una expropiación indirecta, la cual prohibía el TBI entre Estados Unidos y Ecuador sobre todo en los casos de que esta sea arbitraria o no se pague una compensación ajustada a derecho. La caducidad según OEPC no fue realizada en buena fe y no se sustentó en un incumplimiento real, por el contrario, la compañía menciona que esta tuvo un carácter político influenciado por presiones y factores externos, además, sostuvieron que el acuerdo con AEC no implicaba una cesión de derechos sino una transferencia económica, lo cual no requería autorización previa.

Adicionalmente se argumentó que en el caso de que se considere que existió una causa de terminación, de todas formas, la medida adoptada por el estado al ser desproporcionada vulnera el TBI al no tomarse una decisión menos lesiva para las partes.

La defensa del Estado ecuatoriano alego que la caducidad tenía plena justificación en cuanto OEPC incumplió el art 16 (1) del Contrato de Participación, dentro del cual se estableció el requisito de autorización previa para cualquier cesión de derechos, además sostuvo que el “Acuerdo de Farmout” era una cesión encubierta y que, de conformidad con la Ley de Hidrocarburos la caducidad era la consecuencia prevista en caso de incumplimiento.

Por otro lado el Estado realizo una reconvencción a OEPC alegando que existe abuso del derecho en relación con el procedimiento ante el CIADI, además se argumentó que existió incumplimiento de la Cláusula 22.2.1 del Contrato de Participación y una

supuesta conducta destructiva e ilícita de las Demandantes que incluye daños a datos y programas de software y falta de disponibilidad de torres de perforación, adicionalmente se alegó falta de pago por parte de las Demandantes del cargo de cesión y de una negociación de un contrato de participación más favorable para la Demandada.

El tribunal arbitral reconoció que OEPC había incumplido la cláusula 16.1 del Contrato de Participación (sin esto constituir un actuar en mala fe), al no obtener la autorización ministerial necesaria para el acuerdo con AEC pues dicho acuerdo constituía una transferencia de derechos. Este incumplimiento fue considerado una violación al artículo 74.11 de la Ley de Hidrocarburos, sin embargo, el tribunal concluyó que la respuesta del Estado (la caducidad y la toma física de los activos) fue desproporcionada al existir otros medios menos lesivos para solucionar la controversia.

En el laudo, el tribunal determinó que Ecuador incurrió en varias violaciones al TBI:

- I. Violación del Artículo II.3(a): El Estado debía garantizar un trato justo y equitativo a la inversión, lo cual se ve vulnerado en el presente caso.
- II. Violación del Artículo III.1: Se configuró una expropiación indirecta de la inversión de OEPC a través de una medida “equivalente a la expropiación”.
- III. Violación del derecho internacional consuetudinario: La medida de caducidad fue considerada arbitraria e incompatible con el principio de proporcionalidad de las medidas adoptadas por el Estado frente a las controversias.

Aunque Ecuador fue considerado responsable, el tribunal redujo en un 25% La indemnización debido a que OEPC contribuyó al perjuicio con su violación del contrato (falta de autorización ministerial en el acuerdo con AEC). Finalmente, se otorgó a las demandantes una compensación de USD 1.769.625.000, más intereses compuestos al 4,188% anual desde el 16 de mayo de 2006 hasta la fecha del laudo, y posteriores a la tasa LIBOR a seis meses compuestos mensualmente.

Los elementos analizados fueron “La Ley 42” “La Ley Interpretativa del IVA” “El Acuerdo de Farmout” y la culpa de las Demandantes con anterioridad a la sanción del

Decreto de Caducidad. Lo cual llevo al tribunal arbitral a analizar todas las variantes relativas al caso para poder realizar un cálculo apropiado.

Una de las cuestiones más relevantes que resolvió el tribunal fue respecto a que porcentaje de participaciones se debía indemnizar, pues para aquello era imperativo analizar si la cesión de derecho produjo efectos jurídicos o si por el contrario fue nula. La determinación del tribunal tras analizar el derecho ecuatoriano y el neoyorquino fue que la cesión de derechos fue nula debido a que era necesaria la autorización del estado ecuatoriano por lo que se constituyó un incumplimiento contractual y por lo tanto la indemnización debía ser del 100% de las participaciones a favor de OEPC.

Para determinar la indemnización, el tribunal utilizo el método del Valor Justo de Mercado (VJM) realizando un análisis de Flujo de Caja Descontado (FCD). El profesor Joseph P. Kalt por Occidental y Daniel Johnston por Ecuador fueron los expertos encargados de elaborar un informe para estimar el valor del Bloque 15 al 16 de mayo de 2006. Entre los supuestos se incluyeron las reservas aproximadas de 240 millones de barriles (ajustadas a 208,9 millones tras deducciones) y los precios futuros de crudo basados en el índice WTI-NYMEX y una tasa de descuento del 12%.

En base a lo expuesto (y otros puntos desarrollados en el Laudo respecto a la valoración de la indemnización) el tribunal arbitral fijó la indemnización en USD 1.769.625.000, cifra que incluyó el descuento del 25% por culpa concurrente de OEPC debido a la cesión de crédito que genero una violación de la cláusula 16.1 del contrato.

Tras conocer el monto de la indemnización el estado ecuatoriano solicitó la anulación parcial del laudo ante un Comité Ad Hoc del CIADI, alegando la existencia de errores en la valoración de daños y la falta de proporcionalidad por parte del tribunal.

El comité resolvió reducir el monto de la compensación a aproximadamente USD 1.061 millones, tras considerar los argumentos de Ecuador, ciertos elementos del FCD y ajustar componentes del daño asociados al oleoducto OCP y reservas futuras, sin embargo, el Comité confirmó la responsabilidad de Ecuador por la expropiación y por la violación del TBI, manteniendo los intereses aplicables.

Si bien la reducción del monto sirvió para reducir la deuda de Ecuador con OEPC, no mitigó considerablemente el impacto financiero y mediático del caso, ya que este laudo

sigue siendo uno de los que más alta indemnización se ha dictado en contra de Ecuador en arbitraje de inversiones. También reforzó la posición política interna que llevó a Ecuador a denunciar varios TBI, al considerar que estos mecanismos no garantizaban un equilibrio entre los intereses del Estado y los derechos de los inversionistas.

La decisión del CIADI fue cuestionada debido a que, si bien evidenció que el Estado ecuatoriano estaba en su derecho de sancionar el incumplimiento contractual por parte de OEPC, la medida de caducidad adoptada fue considerada desproporcionada y equivalente a una expropiación indirecta en los términos del TBI de Ecuador con Estados Unidos.

La principal lección que deja este caso es la necesidad de reconsiderar las obligaciones establecidas en los TBI y observar aquellos principios de proporcionalidad y razonabilidad en el ejercicio de la relación entre el Estado y el inversionista. Este Laudo supuso un golpe significativo para las finanzas públicas y la deuda del Estado, al tratarse de un pago final de USD 1.061 millones. Esta cifra representa una de las mayores condenas a un país de América Latina en arbitraje de inversiones.

El caso también establece un precedente importante respecto a que la conducta del inversionista es relevante en la evaluación de daños. La reducción del 25% de la compensación por culpa concurrente de OEPC demuestra que los tribunales pueden penalizar al inversionista si este incumple sus obligaciones contractuales.

El caso de *Occidental Petroleum vs Ecuador* se ha convertido en un referente en el análisis de la interacción entre soberanía estatal y arbitraje internacional, debido a que representa un ejemplo de cómo la política de recursos naturales, la seguridad jurídica y la inversión extranjera deben equilibrarse cuidadosamente para evitar conflictos costosos y prolongados. Para Ecuador, este laudo reafirma la importancia de modernizar sus marcos normativos y contractuales, de forma que las inversiones estratégicas se realicen en condiciones que respeten tanto el interés público como los derechos de los inversionistas.

2.5.3 Caso Perenco vs. Ecuador (CIADI ARB/08/6)

El caso *Perenco vs. Ecuador* (Caso CIADI No. ARB/08/6: *Perenco Ecuador Limited C. La República del Ecuador*, 2019) fue emblemático en materia de arbitraje de

inversiones, ya que demuestra la importancia de que las políticas públicas consideren y respeten las obligaciones adquiridas, ya sea mediante contratos o tratados internacionales.

El conflicto surgió (con el mismo antecedente que el caso con Murphy) cuando el Estado decidió, en primer lugar, aumentar su participación en las ganancias extraordinarias de los pozos petroleros hasta el 50%, sin embargo, mediante el Decreto Ejecutivo 662, dicha participación se incrementó nuevamente, pasando del 50 % al 99 %. Esta decisión generó un fuerte rechazo por parte de las empresas que habían contratado con el Estado ecuatoriano bajo el modelo de contratos de participación. Entre ellas, Perenco decidió suspender unilateralmente sus operaciones, lo que llevó al Estado a declarar la caducidad del contrato.

A raíz de estos hechos, Perenco inició un arbitraje de inversiones ante el CIADI, en un proceso que se extendió por más de una década debido a diversos factores. A lo largo del procedimiento se emitieron decisiones sobre jurisdicción, responsabilidad y, finalmente, un laudo final que determinó el monto de la indemnización. Los principales argumentos de la empresa giraron en torno al incumplimiento del TBI, particularmente en lo relativo al trato justo y equitativo, así como a la prohibición de la expropiación indirecta, además, se alegaron incumplimientos contractuales tanto por la aplicación de la Ley 42 como por el Decreto 662, entre otros reclamos.

Por su parte, Ecuador negó categóricamente las pretensiones de Perenco, argumentando que el Estado tiene potestad regulatoria para modificar el régimen aplicable en materia petrolera, asimismo, sostuvo que la caducidad del contrato y las demás medidas adoptadas respondieron a incumplimientos contractuales por parte de la empresa, finalmente, el Estado presentó una reconvención por daños ambientales ocasionados por las operaciones de Perenco en los bloques petroleros.

Dada la complejidad del caso, el tribunal arbitral decidió resolver en etapas: primero sobre la jurisdicción, luego sobre la responsabilidad, y finalmente sobre la cuantificación de la indemnización por las violaciones al TBI y al contrato de participación, así como sobre la reconvención ambiental presentada por Ecuador.

En su decisión, el tribunal concluyó que Ecuador había incumplido el artículo 4 del TBI relativo al trato justo y equitativo, en particular por la adopción del Decreto 662, además, determinó que la declaración de caducidad del contrato constituyó una violación

del artículo 6 del TBI, al implicar una expropiación indirecta sin compensación, por otro lado, se estableció que Ecuador incurrió en múltiples incumplimientos contractuales. En consecuencia, el tribunal ordenó el pago de una indemnización a favor de Perenco por un total de USD 448,820,400.

En cuanto a la reconvención ambiental, el tribunal fijó los daños y perjuicios en USD 93,638,890, no obstante, como a Burlington en otro arbitraje (socio de Perenco en el consorcio) ya se le había ordenado pagar USD 39,199,373 por los mismos hechos, el monto que debía cubrir Perenco fue de USD 54,439,517.

Posteriormente, Ecuador solicitó la anulación del laudo, donde el comité ad hoc del CIADI aceptó parcialmente esta solicitud, reconociendo un error en el cálculo de la pérdida de oportunidad en el Bloque 7 por USD 25,000,000. Como resultado, el monto final que el Estado debía pagar en concepto de daños y perjuicios se redujo a USD 412,182,000.

2.5.4 Caso Worley vs Ecuador

En el caso *Worley International Services Inc. vs. República del Ecuador (Caso CPA Núm. 2019-15: Worley International Services Inc. C. La República Del Ecuador, 2023)* la controversia se originó a partir de una serie de contratos celebrados entre Worley y empresas estatales ecuatorianas (principalmente EP Petroecuador y Refinería del Pacífico RDP) para la ejecución de proyectos de infraestructura energética, como la Refinería del Pacífico, la Refinería de Esmeraldas y la Planta de Licuefacción de Gas Machala. La demandante, con base al TBI entre Ecuador y Estados Unidos, alegó múltiples violaciones del tratado, entre ellas la denegación de justicia, trato injusto y no equitativo, y medidas de expropiatorias indirectas, debido al incumplimiento de pagos contractuales, hostigamiento institucional y amenazas fiscales injustificadas por parte del SRI.

El procedimiento arbitral se realizó en la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya con reglas CNUDMI, donde, el tribunal arbitral, integrado por los profesores Hanotiau y Stern, y presidido por el Dr. Andrés Rigo Sureda, rechazó todas las pretensiones de Worley en su laudo final emitido el 22 de diciembre de 2023. El tribunal reconoció la existencia de indicios suficientes de corrupción por parte de Worley durante el origen de la inversión respecto a que existió asistencia del Sr Plummer durante la

negociación del contrato de la Refinería del Pacífico lo que generó condiciones más favorables en el contrato de las que hubieran conseguido en un escenario de igualdad de condiciones, por otro lado las manifestaciones falsas y deliberadas sobre la participación de Tecnazul como subcontratista en los contratos de la refinería de esmeraldas y el contrato de la planta de Machala I fueron indispensables para que se le adjudicase a la empresa dichos proyectos debido a que dicha participación violaba el límite legal del 30%, lo cual en palabras del tribunal genera un “patrón generalizado de ilegalidad y mala fe que afecta al núcleo mismo de la inversión de la Demandante desde su origen” (CPA, 2019).

Debido a lo expuesto el tribunal decidió que la ilegalidad de la inversión tenía como efecto que no tenga jurisdicción para resolver el fondo del asunto, sin embargo, decidió pronunciarse de igual forma sobre la corrupción durante la ejecución contractual. El tribunal en este punto determinó que existió una corrupción generalizada y una “ignorancia deliberada” de Worley frente a los actos de su subcontratista. Esta decisión fue cuestionada debido a que estos asuntos (como lo sostuvo la arbitra Stern) debían resolverse en el fondo de la controversia, sin embargo, debido a la naturaleza del caso y que el tribunal ya podía declarar la falta de jurisdicción, este aspecto no afectaba de ninguna manera las decisiones adoptadas por el tribunal.

El laudo es relevante por tres razones, en primer lugar, reafirma el estándar probatorio de “certeza razonable” para establecer actos de corrupción en arbitrajes de inversión, señalando que, si bien no se requiere prueba penal, debe existir una convicción razonada con base en evidencias consistentes; en segundo lugar, robustece la facultad de los tribunales arbitrales para denegar protección a inversiones contaminadas por ilegalidades y, en tercer lugar, consolida la noción de que el orden público es relevante al momento de resolver controversias de arbitraje internacional.

En definitiva, *Worley vs. Ecuador* representa un caso paradigmático que pone énfasis en que un inversionista no puede pretender hacer valer derechos derivados del TBI si desde el inicio de la inversión realizó actos ilegales y en mala fe. El resultado confirma que los tratados de inversión no deben ser escudos para prácticas corruptas, y revaloriza la soberanía regulatoria de los Estados en la lucha contra la corrupción.

CAPÍTULO 3 EFECTO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA SOBERANÍA NACIONAL

Una vez analizados los conceptos fundamentales y el marco normativo vigente del arbitraje de inversiones, así como los casos emblemáticos relacionados con su aplicación, se evidencia la razón por la cual este mecanismo ha generado controversia, principalmente por su posible incidencia sobre la soberanía nacional, en consecuencia, resulta pertinente examinar las implicaciones que este medio alternativo de solución de controversias genera respecto a dicho concepto jurídico.

3.1 ¿El arbitraje de inversiones genera un perjuicio a la soberanía nacional?

El punto de discusión radica en si este método alternativo de solución de controversias permite que el Estado mantenga la capacidad de tomar decisiones soberanas en beneficio del interés público o si por el contrario impone restricciones que favorecen únicamente a los inversionistas, por ende, si las cláusulas arbitrales dentro de los TBI limitan al ejercicio soberano del Estado.

La firma de todos los tratados internacionales, entre ellos los TBI, implica una cesión parcial de la soberanía en favor de la cooperación internacional, lo mismo sucede al momento de pactar cláusulas arbitrales dentro de instrumentos internacionales relativos a la protección de inversiones, lo cual, en principio, no difiere de la participación en organismos como las Naciones Unidas (ONU) o la Organización de Estados Americanos (OEA), ni de la ratificación de instrumentos jurídicos como los Convenios de Viena o de Ginebra, pues todo ello forma parte del ejercicio mismo de la soberanía en su dimensión relacional, orientada a la convivencia, el reconocimiento mutuo y la cooperación entre los Estados dentro del sistema internacional.

El arbitraje de inversiones no representa una violación de la soberanía, sino una expresión clara de su ejercicio a nivel internacional. En base a esta perspectiva, el Estado, al firmar tratados de inversión ejerce sus potestades en la forma de un compromiso internacional, que tiene como objetivo ofrecer mayor seguridad jurídica y por ende atraer inversión extranjera, lo cual ayuda al desarrollo económico, siendo esto compatible con el derecho internacional y bajo la lógica de la cooperación entre Estados.

No obstante, en el caso del arbitraje de inversiones existe una problemática desde el punto de vista de los Estados en cuanto las decisiones que adopten en razón del interés público pueden generar responsabilidad, debido a que un tribunal arbitral internacional puede llegar a determinar si ha existido o no daños y perjuicios de una medida que desde la perspectiva nacional puede ser entendida como legal y legítima pero desde el punto de vista de los compromisos internacionales adquiridos puede entenderse como desproporcional o abusiva. Casos como *Occidental Petroleum vs. Ecuador* o *Perenco vs. Ecuador* son claros ejemplos de las tensiones que existen al respecto y de las decisiones de los tribunales arbitrales.

En este sentido, también es pertinente considerar el punto de vista presupuestario del Estado, debido a que las demandas suelen reclamar indemnizaciones elevadas y como ya lo hemos analizado Ecuador ha sido condenado en varias ocasiones a pagar sumas que claramente afectan las finanzas públicas, en este sentido Flebes (2020) menciona que “se justifica la gran preocupación de la sociedad por la transparencia en los procedimientos arbitrales y los efectos que puede provocar en los presupuestos estatales”. Por esta misma razón es que existen puntos de vista diversos respecto a la prohibición, regulación y existencia del arbitraje de inversiones.

De aquello podemos analizar que la posibilidad de acudir arbitraje de inversiones no genera un perjuicio a la soberanía nacional por sí misma. Para evitar que puedan surgir controversias al respecto es necesario revisar (al momento de firmar y ratificar) las obligaciones que se establezcan en los tratados suscritos, considerar las formas en las que se puedan interpretar sus artículos, y del equilibrio que los tribunales arbitrales tengan entre la protección del inversionista y el respeto a la facultad del Estado para regular conforme al interés general.

3.2 Limitaciones a la potestad regulatoria del Estado

Las limitaciones que el arbitraje de inversiones como mecanismo de solución de controversias puede imponer a la potestad regulatoria del Estado son un punto de debate el cual es necesario considerar para el presente análisis, ya que esta potestad constituye una manifestación directa de la soberanía interna y se refiere a la capacidad del Estado para adoptar normas y políticas públicas que regulen diferentes aspectos económicos,

sociales y ambientales dentro de su territorio, lo cual en ciertas circunstancias pueden afectar a inversionistas extranjeros.

En este sentido Saavedra (2012) nos menciona que “Al término “regulación” se le han dado múltiples acepciones, dependiendo de las perspectivas teóricas, ideológicas y disciplinares desde las cuales se pretende abordar su estudio” por lo tanto para realizar el presente análisis es necesario enfocarnos en un concepto específico de regulación que este dentro del contexto del arbitraje de inversiones, en este caso lo correcto sería referirnos a la regulación desde el punto de vista del derecho, la cual en palabras del mismo autor su finalidad es “introducir reglas en un objeto social, para asegurar su estabilidad y permanencia en el tiempo, reconociendo los cambios que se puedan suscitar”.

Por lo tanto, la regulación de las normas no solo se limita a regular de forma intangible un aspecto jurídico en específico, por el contrario, debido a los cambios constantes de las relaciones sociales, económicas y culturales, el derecho necesita que el Estado mediante su capacidad regulatoria pueda irse adaptando a los nuevos contextos.

Por lo mencionado es incuestionable que el Estado puede ejercer esta capacidad, pero con la consideración de que siempre va a tener limitaciones en cuanto a la constitución, los derechos humanos y las normas previas existente, así como al derecho internacional y a los tratados ratificados por el Ecuador.

El debate respecto a este tema adquiere mayor relevancia cuando se tratan de recursos naturales, ya que el sistema jurídico ecuatoriano les da un alto grado de relevancia, en este sentido en la constitución del Ecuador en su artículo 313 se establece que:

El Estado se reserva el derecho de administrar, regular, controlar y gestionar los sectores estratégicos, de conformidad con los principios de sostenibilidad ambiental, precaución, prevención y eficiencia. (...)

Por ende, el Estado ecuatoriano ha dado una exclusividad de carácter constitucional a la regulación de sectores estratégicos (donde encontramos a las telecomunicaciones, recursos naturales no renovables, transporte, etc), no obstante, son particularmente estas áreas las cuales tienen mayor presencia de inversión extranjera y

por lo tanto están relacionadas con el arbitraje de inversiones. Aquí encontramos un punto de discusión bastante amplio respecto a si este mecanismo de solución de controversias impide que el Estado ejerza de manera plena el derecho a regular los sectores estratégicos.

Como se ha analizado son los TBI los que en la mayor cantidad de circunstancias permiten acceder a los inversionistas al arbitraje de inversiones, en estos documentos el Estado de manera libre y voluntaria acepta obligaciones recíprocas con un país específico en materia de inversiones y por ende cede parte de su soberanía con la finalidad de atraer mayor inversión extranjera. En cuanto a esto podemos determinar que es el mismo Estado quien acepta cierta limitación a su capacidad regulatoria para no incumplir sus obligaciones internacionales, lo cual no significa que el Estado tenga prohibido regular ciertas áreas, pero sí que tenga la cautela de que las medidas sean proporcionales y afecten en la menor medida a los inversionistas.

El derecho internacional mediante el principio de soberanía permanente sobre los recursos naturales contenido en la Resolución 1803 de la Asamblea General de las Naciones Unidas, respalda la noción de que los Estados son quienes tienen la capacidad de regular sus recursos de forma que beneficien al interés general y al desarrollo de su economía (siempre protegiendo el medio ambiente), no obstante en esa misma línea se ha establecido que la inversión extranjera es plenamente aceptable siempre que la misma sea realizada para cumplir con los objetivos antes descritos.

En los casos analizados anteriormente se evidencia como los tribunales arbitrales en determinadas circunstancias imponen una restricción a la capacidad regulatoria del Estado, en *Perenco vs. Ecuador*, el tribunal concluyó que el Decreto 662, que elevó al 99% la participación estatal sobre ingresos extraordinarios del petróleo excedía los límites aceptables del ejercicio regulatorio y por ende no se le dio al inversionista un trato justo y equitativo.

La pregunta en este aspecto sería ¿Cuándo una medida regulatoria del Estado se considera proporcional? y ¿A qué se refiere específicamente con proporcionalidad?, respecto a esto podría analizarse fundamentalmente de dos formas, la primera teniendo en cuenta el TBI ya que si una medida viola las obligaciones del Tratado y afecta al inversionista el Tribunal fallara en contra del Estado y determinara los respectivos daños y perjuicios, no obstante la segunda forma de analizar aquello es determinar si la medida

responde o no al interés público y que utilidad genera para el desarrollo del Estado, en este punto si bien la medida puede ser razonable en base al contexto, lo que mínimamente se espera es que el Estado adopte las consideraciones necesarias para evitar un daño excesivo a sus obligaciones y más concretamente a las expectativas y la seguridad del inversionista.

Este tipo de decisiones demuestra cómo los tribunales arbitrales pueden cuestionar las políticas públicas de los Estados, convirtiéndose en evaluadores de su razonabilidad, proporcionalidad o impacto económico, aunque, esta supervisión busca evitar abusos o arbitrariedades por parte del Estado receptor, también ha generado críticas sobre una excesiva limitación a las facultades del Estado.

En el caso ecuatoriano, la experiencia acumulada en arbitrajes internacionales ha revelado con claridad las limitaciones prácticas que puede sufrir la potestad regulatoria cuando se enfrenta a reclamos de inversionistas extranjeros. Las cláusulas de estabilidad jurídica contenidas en varios contratos de inversión y TBI, así como las decisiones de tribunales arbitrales han motivado una reflexión crítica sobre la necesidad de preservar márgenes de acción para proteger el interés general sin comprometer la seguridad jurídica.

El arbitraje de inversiones puede actuar como un límite externo a la potestad regulatoria del Estado, sobre todo cuando las decisiones adoptadas en función del interés público son presentadas como medidas expropiatorias o violatorias del trato justo y equitativo. Esta situación exige una reconfiguración del marco jurídico internacional de inversiones que reconozca de forma más clara el derecho del Estado a regular, bajo estándares claros y equilibrados que permitan evitar el abuso regulatorio que puede surgir cuando los gobiernos temen ser demandados por adoptar decisiones soberanas, al mismo tiempo que se preserva la capacidad regulatoria del Estado en su ejercicio legítimo y proporcional.

3.3 Tensiones entre el arbitraje de inversiones y la soberanía nacional

El arbitraje de inversiones y la soberanía nacional por su propia naturaleza enfrentan tensiones derivadas de la compatibilidad de dos modelos normativos distintos, por un lado, el derecho internacional de inversiones, cuyo propósito central es garantizar la protección de los capitales extranjeros mediante estándares uniformes de trato y

mecanismos eficaces de resolución de disputas; y por otro, el derecho público interno de los Estados y la capacidad regulatoria de los mismos.

La incorporación de cláusulas de solución alternativa de controversias mediante el arbitraje internacional en tratados bilaterales de inversión (TBI), así como la adhesión al CIADI, han sido cuestionadas debido a que ciertos sectores consideran que es una forma de subordinación de la soberanía nacional a tribunales internacionales. Esta crítica se ha intensificado ante lo controvertidas que pueden ser las decisiones de los laudos arbitrales, que en algunos casos el Estado o sus ciudadanos pueden interpretar que se beneficia en mayor medida los derechos del inversionista por encima de las medidas del Estado realizadas en base al orden público y el interés general.

A diferencia de los tribunales nacionales o de las cortes internacionales permanentes, los tribunales arbitrales no cuentan con un sistema de precedentes obligatorios y la capacidad para apelar o anular un laudo dependen en gran medida en las reglas aplicables al arbitraje (reglas como las del CNUDMI y el CIADI prevén la posibilidad de impugnar o anular el laudo). Esta ausencia de uniformidad puede derivar en decisiones contradictorias y en la percepción de inseguridad jurídica tanto para los Estados como para los inversionistas. En palabras de Gómez de la Torre (2016) los tribunales arbitrales “llegan a diferentes conclusiones a pesar de existir similitudes en los hechos y el derecho aplicable a los casos” por lo que su consistencia es claramente criticada.

Las cláusulas de supervivencia contenida en varios TBI, como en el caso del tratado entre Ecuador y Estados Unidos han sido cuestionadas en cuanto obligan al Estado a someterse a arbitraje internacional, aun cuando se decide legítimamente denunciar el tratado, las disposiciones de protección a la inversión continúan vigentes durante un período adicional (generalmente de diez o quince años), manteniendo la posibilidad de que se interpongan demandas internacionales.

En el caso ecuatoriano, las tensiones también han tenido implicaciones tanto en lo social como en el desarrollo normativo. La Constitución de 2008 introdujo una limitación expresa en el artículo 422 y debido a esto la Corte Constitucional (a petición del ejecutivo) realizó el respectivo control de constitucionalidad de los TBI vigentes con la finalidad de

determinar aquellos que violaban las disposiciones constitucionales para así poder denunciar el tratado.

No obstante hay que considerar que el arbitraje de inversiones aunque tenga tensiones claras con la soberanía no es incompatible con la misma, debido a que los conceptos han evolucionado y la forma de aplicar (y de negociar los TBI) ha sufrido cambios significativos y aunque todavía es necesario realizar un mayor análisis de las ventajas, desventajas y tensiones existentes, la medida más beneficiosa (como se analizara posteriormente) no es prohibir el arbitraje de inversiones, por el contrario, se debe buscar formas de regularlo para que sea compatible con los preceptos constitucionales, el orden público y los derechos de las personas.

El desafío para los Estados consiste en redefinir los términos de su participación en este sistema, mediante medidas que garanticen su derecho a regular, su capacidad de defensa frente a reclamos injustificados y su autonomía para diseñar políticas públicas conforme a su orden constitucional.

CAPÍTULO 4 EFECTO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES EN LA SEGURIDAD JURÍDICA

Conforme a lo expuesto, resulta evidente que el arbitraje de inversiones no solo ha suscitado debate en torno a su prohibición, sino que también presenta aspectos positivos que justifican su defensa, entre ellos, su contribución a la seguridad jurídica se destaca como una de las principales razones que motivan su aplicación, al promover un entorno más previsible y confiable tanto para el inversionista extranjero como para el propio administrado, en consecuencia, en este apartado se analizarán los beneficios que puede aportar al sistema jurídico y económico del Estado.

4.1 La seguridad jurídica como fomento a la inversión extranjera

La seguridad jurídica es un principio del Derecho y para la temática sujeta a análisis, es necesaria para promover y retener la inversión extranjera directa, garantizando a los inversionistas un marco normativo previsible con estabilidad institucional y confianza en que sus derechos serán respetados y protegidos.

Los inversionistas, dentro de la debida diligencia que realizan para considerar donde colocar su capital, analizan los riesgos relativos al territorio en específico, lo cual puede generar percepciones negativas o positivas respecto al grado de seguridad, entre ellos la volatilidad en la promulgación y reforma de normas, la independencia del poder judicial, el funcionamiento de la administración pública, los casos de corrupción y la capacidad del Estado para cumplir y hacer cumplir contratos.

En base a lo mencionado, cuando el entorno jurídico es inestable o hay cuestionamientos respecto a decisiones arbitrarias, expropiatorias o poco proporcionales, la inversión extranjera tiende a tener mayor cautela en invertir en estos Estado o deciden en definitiva trasladarse hacia jurisdicciones con mayor nivel de seguridad. La experiencia del país en materia de arbitraje de inversiones ha evidenciado que los cambios abruptos en políticas fiscales, energéticas o contractuales, así como la falta de mecanismos eficaces de protección legal, pueden erosionar la confianza de los inversionistas, generando disputas costosas y una imagen de inseguridad jurídica.

Mediante la seguridad jurídica se pueden evitar controversias y garantizar que en caso de que existan, se puedan solucionar de la manera más óptima e imparcial posible.

Esto se traduce en mayores flujos de inversión, tasas de interés más favorables, y una participación más activa del capital extranjero, asimismo, fortalece la reputación internacional del Estado receptor, lo que puede abrir las puertas a acuerdos comerciales, financieros y tecnológicos de largo plazo.

En este sentido no basta con que las normas existan, también es necesario que se apliquen de forma proporcional, con apego a los principios constitucionales y al derecho internacional, por lo tanto, para fomentar la inversión extranjera, el Estado debe garantizar un marco legal favorable complementado por instituciones sólidas que ofrezca protección efectiva contra decisiones arbitrarias, expropiaciones sin compensación o incumplimientos contractuales.

4.2 El arbitraje de inversiones como mecanismo de seguridad jurídica

El arbitraje de inversiones no solo tiene la función de resolver controversias, sino que también busca generar un entorno jurídico más estable y con un mayor nivel de confianza, donde las obligaciones asumidas por los Estados en virtud de tratados o contratos se encuentren respaldadas por un foro independiente que asegure su cumplimiento.

En este sentido Cáceres Santillán (2024) menciona que “Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) o Acuerdos de Protección y Promoción Recíproca de Inversiones (APPRI) son los mecanismos utilizados y suscritos por los Estados para brindar seguridad jurídica y protección a las inversiones de sus inversores en el exterior” y una de las cláusulas que dentro de la practicas ha sido exigida es la de la posibilidad de acudir a instancias de arbitraje internacional.

Uno de los principales motivos por el cual los inversionistas consideran como positivo el arbitraje de inversiones es debido a que pueden evitar acudir a los recursos internos del Estado receptor y aprovechar las ventajas que puede otorgar este mecanismo sobre todo respecto a la designación de los árbitros, la flexibilidad, independencia, la especialización y la celeridad, lo que constituye una herramienta clave para reforzar la seguridad jurídica, lo cual, se vuelve imperativo en jurisdicciones, donde la justicia ordinaria puede percibirse como insegura o parcializada.

Con esto no se menciona que el arbitraje de inversiones sea un mecanismo perfecto o que no tenga sus defectos, respecto a la seguridad jurídica es importante considerar que en ciertos casos (como se analizó anteriormente) no hay uniformidad en las decisiones tomadas frente a casos similares entre tribunales arbitrales, lo cual no solo afecta el tema de la soberanía, sino que también puede generar un entorno de inseguridad jurídica el cual claramente debe ser subsanado en base a la experiencia internacional.

Si bien por la naturaleza del arbitraje difícilmente se puede sentar un sistema de precedente, cuando menos debe fijarse un estándar de cuando existen vulneraciones a las obligaciones de los TBI para que su aplicación sea más uniforme y promueva la seguridad jurídica demandada por los inversionistas y el Estado en este tipo de controversias.

Para entender otro punto interesante respecto al arbitraje de inversiones y la seguridad jurídica es necesario remitirnos a la explicación de Santiago Montt (2012) el cual analiza la postura del doctrinario Andrew Guzman sobre la proliferación de los TBI quien la entiende como un dilema del prisionero entre los países en desarrollo, ya que aun cuando colectivamente estos Estados podrían haber estado mejor preservando una posición coordinada cada país tiene un incentivo dominante para desertar y firmar TBI de forma individual con el fin de atraer inversión extranjera directa.

En contraste, Santiago Montt formula la teoría de las externalidades positivas donde destaca que la expansión de los TBI también responde a efectos de red, ya que una vez que un número suficiente de países adopta un estándar jurídico determinado, las externalidades positivas asociadas a la estandarización (mayor previsibilidad, reducción de incertidumbre, acumulación de práctica interpretativa) generan una dinámica de arrastre que incentiva a otros Estados a adherirse. Desde esta óptica, la consolidación del régimen de TBI se explica no sólo por incentivos competitivos y problemas de acción colectiva, sino por el peso institucional de redes normativas que, al acumular precedentes y prácticas comunes, generan seguridad jurídica, dan certeza respecto a la jurisprudencia futura y vuelven cada vez más costoso permanecer fuera del estándar dominante.

No obstante, es innegable que este medio genera previsibilidad del sistema lo cual refuerza la confianza de los inversionistas, ya que las reglas del juego están definidas en los tratados bilaterales de inversión (TBI), en los contratos y en los reglamentos de instituciones como el CIADI o la CNUDMI lo cual es previamente aceptado por ambas

partes las cuales conocen todas las particularidades de pactar este tipo de arbitraje. Esta certeza normativa permite a los inversionistas planificar con mayor seguridad sus operaciones.

En la práctica ecuatoriana, si bien ha existido una fuerte crítica al arbitraje de inversiones por considerarlo contrario a la soberanía nacional, también es innegable que este mecanismo ha funcionado como un catalizador de reformas institucionales. La necesidad de cumplir con laudos arbitrales o de evitar futuras demandas ha llevado al Estado a revisar contratos, transparentar procesos de contratación pública y modernizar el marco normativo aplicable a la inversión extranjera. Incluso en escenarios donde el Estado ha resultado condenado, los procedimientos arbitrales han contribuido a revelar debilidades estructurales en la administración estatal y a generar discusiones sobre mejores prácticas regulatorias.

Este mecanismo, cuando es bien estructurado y aplicado con equilibrio, se convierte en una herramienta eficaz para fortalecer la seguridad jurídica, ya que no solo protege al inversionista frente a riesgos legales y políticos, sino que incentiva a los Estados a actuar con mayor previsibilidad, legalidad y coherencia institucional.

4.3 Beneficios del arbitraje de inversiones respecto a la seguridad jurídica

4.3.1 Previsibilidad normativa y confianza en la estabilidad legal

El arbitraje de inversiones es una gran herramienta para tener un mayor grado de estabilidad y confianza del marco normativo, conforme lo mencionado en capítulos anteriores los TBI y los contratos que contienen cláusulas arbitrales establecen de forma anticipada no solo las reglas que se aplicaran a la inversión y los mecanismos de solución de disputas, sino que también ofrecen una protección adicional frente a cambios normativos repentinos, injustificado o poco proporcionales respecto a las obligaciones adquiridas por el Estado, por lo tanto, el inversionista en estos casos, debe tener la posibilidad de solicitar los respectivos daños y perjuicios relativos al incumplimiento del Estado mediante un foro imparcial y previamente acordado.

Esto permite a los inversionistas anticipar el comportamiento esperado del Estado receptor, calcular sus riesgos jurídicos y tomar decisiones informadas sobre su

participación económica en determinado país, en este sentido, la previsibilidad no significa que las normas no puedan cambiar, sino que los cambios deben respetar ciertos estándares internacionales de legalidad, proporcionalidad y no discriminación.

En este sentido Guamán Pacalla (2020) menciona que “Uno de los factores primordiales para el desarrollo de una inversión extranjera constituye un marco normativo claro y estable que otorgue confianza, tranquilidad y ventajas competitivas a los inversionistas extranjeros” este criterio concuerda con que ningún inversor se arriesgaría a poner su capital en lugares donde el nivel de desconfianza y riesgo son altos.

En este contexto, el arbitraje funciona como un mecanismo que refuerza la legítima expectativa que tiene los inversionistas a la hora de invertir en un país determinado, esto a su vez protege al inversionista frente a modificaciones injustificadas retroactivas o arbitrarias del marco legal que motivo originalmente su inversión. En este sentido el arbitraje no es un mecanismo que limite la capacidad del Estado de legislar, sino que establece los márgenes aceptables que permiten evaluar si dichos cambios se hicieron de forma compatible con los compromisos adquiridos. Esto fortalece la seguridad jurídica al garantizar que las reglas del juego no se alterarán en perjuicio irrazonable del inversionista, sin la correspondiente responsabilidad del Estado.

4.3.2 Profesionalización e imparcialidad en la resolución de controversias

Una de las principales virtudes que tiene el arbitraje es la capacidad de poder designar un árbitro independiente que tenga la especialización necesaria para resolver un caso en concreto. En litigios en donde la problemática nace de una inversión compleja con sus propias particularidades, los inversionistas (e incluso el mismo Estado) ven con agrado la idea de que alguien especializado en la materia sea quien resuelva la controversia.

Es aquí en donde el arbitraje internacional de inversiones se destaca por el alto nivel de especialización de los árbitros y por la aplicación de principios de derecho internacional y de los TBI. Este diseño institucional garantiza un foro más previsible, técnico y eficiente, a comparación de muchos sistemas judiciales nacionales. La profesionalización de los tribunales arbitrales genera una mayor confianza a los

inversionistas en la imparcialidad del proceso y en la existencia de un sistema donde sus reclamos pueden ser evaluados conforme a derecho.

En este sentido Cepeda Altamirano (2024) menciona que:

La posibilidad de seleccionar árbitros especializados permite que las complejas disputas propias de sectores estratégicos sean resueltas por expertos, garantizando calidad y profundidad en el análisis. Las estadísticas recientes respaldan esta realidad. Según el informe del CIADI del primer periodo de 2025, el 35% de los casos nuevos provienen de América Latina, y el 61% de los casos totales se relacionan con sectores estratégicos como petróleo y gas, minería, construcción, transporte y energía.

Además, los reglamentos de instituciones como el CIADI o la CNUDMI garantizan estándares mínimos respecto al debido proceso; igualdad de armas, derecho a ser oído, contradicción, entre otros. Estos principios permiten que los inversionistas tengan garantías claras de que sus derechos no serán vulnerados por fallos arbitrarios, discriminatorios o excesivamente formalistas. En consecuencia, la seguridad jurídica se consolida no solo en el plano normativo, sino también en el plano procedimental, al asegurar un acceso efectivo a la justicia.

4.3.3 Vinculación del laudo arbitral y cumplimiento internacional

Ecuador mediante los TBI que ratificó en su momento (y que posteriormente denunció) consintió que las controversias puedan ser resueltas mediante arbitraje de inversiones, aquello engloba la obligación de vincularse con el Laudo y de cumplirlo, en este sentido los inversionistas tienen la garantía que, si se reconoce un derecho dentro del Laudo, lo podrán ejecutar.

Claramente convenciones como la de Nueva York establecen motivos por los cuales un Laudo no puede ser ejecutado en un país en específico, sin embargo, aquello es excepcional y los motivos son taxativos y deben ser demostrados, por otro lado, también existe la posibilidad de pactar recursos como el de impugnación, anulación o incluso apelación (dependiendo el reglamento aplicable).

En este sentido la regla es que el laudo arbitral emitido por un tribunal internacional es jurídicamente vinculante y, en la mayoría de los casos, ejecutable de

forma directa en los Estados parte del tratado o del convenio arbitral, por ejemplo, los laudos, tanto a nivel nacional como internacional, tienen los mismos efectos que una sentencia con fuerza de cosa juzgada internacional, lo cual podemos encontrar dentro del artículo 54 del Convenio CIADI. Esta fuerza vinculante da certeza al inversionista de que, en caso de obtener una decisión favorable, podrá hacerla efectiva sin necesidad de iniciar un nuevo juicio sobre el fondo en la jurisdicción del Estado.

Dentro de la legislación ecuatoriana la ley de arbitraje y mediación de Ecuador en su artículo 42 establece que:

Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador. (...)

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.

Por otro lado, el artículo 32 del mismo cuerpo legal menciona que

Art. 32.- Ejecutoriada el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. (...)

Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Estas normas refuerzan la idea de la plena ejecutabilidad de los laudos en el Ecuador, por lo que este mecanismo se posiciona como un método seguro y sobre todo eficiente para solucionar este tipo de controversias dando así un mayor grado de seguridad jurídica. En definitiva, este marco de cumplimiento transnacional fortalece la confianza de los inversionistas en que sus derechos serán efectivamente protegidos, no solo en la teoría, sino también en la práctica.

4.3.4 Prevención de conflictos y efecto disuasorio

Una de las principales ventajas del arbitraje de inversiones respecto a la seguridad jurídica es el efecto disuasorio que tiene frente a las actuaciones estatales, ya que la existencia de un mecanismo internacional al que puede acudir el inversionista extranjero en caso de controversia actúa como un freno institucional frente a posibles abusos o medidas arbitrarias del Estado.

Este efecto es un medio de protección para que las decisiones se adopten con mayor transparencia, razonabilidad y respeto al principio de legalidad. Si el Estado asume responsabilidades con los inversionistas y firma contratos con ellos, es lógico que debe cumplir con sus obligaciones y garantizar que las expectativas legítimas sean respetadas y tomadas en cuenta.

Los Estados al poder ser cuestionados ante tribunales internacionales suelen desarrollar mejores prácticas regulatorias y administrativas y ser más conscientes que ciertas acciones pueden derivar en responsabilidad, por ejemplo, en el contexto ecuatoriano, la experiencia de haber enfrentado laudos de cifras millonarias ha generado en distintos órganos del Estado una mayor precaución en la suscripción de contratos, en la interpretación de cláusulas de estabilidad jurídica y en la elaboración de estrategias con impacto en la inversión extranjera. Esta forma de autocontrol preventivo eleva el estándar institucional y, por ende, fortalece el entorno jurídico en general.

4.3.5 Estímulo al fortalecimiento institucional y la lucha contra la corrupción

La existencia de un sistema internacional de arbitraje de inversiones también puede actuar como un medio para fortalecer la institucionalidad del Estado, debido a la existencia de una necesidad de responder y prevenir litigios ante un tribunal arbitral, este mecanismo promueve que exista una mayor capacitación de los funcionarios públicos, el fortalecimiento de la procuraduría general del estado y la consolidación de criterios uniformes en la gestión de la inversión extranjera.

En Ecuador los casos arbitrales han motivado crear una estrategia diferente respecto a contratos, procesos administrativos y mecanismos de control interno. Estos cambios, aunque impulsados por la lógica de la responsabilidad internacional, terminan beneficiando el marco general de seguridad jurídica para nacionales y extranjeros.

Por otro lado, dentro del arbitraje de inversiones hay un criterio común respecto a los actos de corrupción y es que los mismos pueden viciar desde el origen a la inversión y por lo tanto hacer improcedentes demandas en base a que un tribunal no puede tener competencia de resolver respecto a una inversión que nace de actos corruptos que incluso podrían tener objeto o causa ilícita. Lo mencionado se ha constatado como ya lo hemos analizado en casos como *Worley vs Ecuador*, aquello genera un efecto interesante el cual en palabras de Naranjo Ponce (2017):

Las herramientas que el arbitraje de inversiones actualmente ofrece para prevenir la corrupción sí podrían lograr desincentivar las prácticas corruptas en inversionistas. La posibilidad de que los Estados aleguen la defensa de corrupción y que los tribunales arbitrales rechacen sus reclamos sobre la base de la doctrina *in pari delicto* podría evitar que los inversionistas se vinculen con actos de corrupción a fin de garantizar que sus eventuales reclamos en contra del Estado serán resueltos en sede arbitral.

Debido a esto la existencia de este mecanismo no solo da una mayor seguridad jurídica al inversionista, sino que también le da más garantías al Estado de que el comportamiento de aquellos que pretendan o estén realizando inversiones en Ecuador sea conforme a derecho, lo cual desde todo punto de vista es beneficioso.

CAPÍTULO 5 HACIA LA ARTICULACIÓN ENTRE SEGURIDAD JURÍDICA Y SOBERANÍA NACIONAL EN EL ARBITRAJE DE INVERSIONES

Tras lo analizado es evidente que el debate respecto al arbitraje de inversiones, es un tema abierto que actualmente sigue en desarrollo, en este sentido, existen tensiones por las cuales se defiende su prohibición, pero también existen beneficios por los cuales su aplicación resulta factible, por ende, el presente análisis se centrará en las formas mediante las cuales se puede articular el arbitraje de inversiones para que sea compatible con la soberanía del Estado y mediante aquello se pueda fomentar la seguridad jurídica.

5.1 Compatibilidad entre soberanía nacional y arbitraje de inversiones

Una lectura más completa (y menos polarizada) permite sostener que ambos conceptos (soberanía y arbitraje de inversiones) no son necesariamente excluyentes, por el contrario, es posible concebir una relación de compatibilidad funcional, en la cual la soberanía estatal no se ve debilitada, sino reconfigurada a través del derecho internacional y de los compromisos asumidos por el propio Estado.

La soberanía, como se mencionó en el primer capítulo de este análisis debe ser entendida como una potestad relativa y permisiva con que los Estados celebren tratados internacionales, lo cual implica asumir responsabilidades frente a ellos en la medida en que dichas limitaciones sean autoimpuestas y respondan a fines legítimos, como la promoción de la inversión extranjera, el acceso a mercados o la consolidación de marcos jurídicos estables, en este sentido, aceptar el arbitraje de inversiones no es una claudicación del poder soberano, sino una manifestación racional del mismo en función de objetivos estratégicos.

Los TBI surgen precisamente del ejercicio de esa soberanía en donde es el mismo Estado quien elige vincularse y define los límites que deben respetarse en cuanto a su consentimiento. La realidad jurídica demuestra que la aceptación de las partes es la piedra angular del sistema, y que, si bien este ejercicio soberano puede producir efectos jurídicos limitantes, no por ello deja de ser una expresión válida de soberanía.

En este sentido Posada Valderrama (2023) nos menciona que “Incluso en las visiones más tradicionales, no toda limitación a la soberanía suele ser considerada problemática en sí misma, pues es esencial para el funcionamiento del derecho internacional”.

El arbitraje de inversiones puede operar como un medio para tener instituciones más sólidas, que tengan mayor precaución al momento de tomar decisiones y que aquellas sean realmente proporcionales y legítimas, en tanto incentiva a los Estados a actuar con apego a normas claras, previsibles y compatibles con el derecho internacional. En contextos donde las instituciones públicas pueden estar influenciadas a tomar decisiones más políticas que jurídicas, el arbitraje impone una lógica para solucionar controversias que, lejos de vulnerar la soberanía, contribuye a racionalizarla y a protegerla frente a sus propios excesos.

Los nuevos tratados internacionales que Ecuador pueda negociar y ratificar a futuro pueden tener elementos que impongan una mayor flexibilidad en cuanto a la soberanía regulatoria y que se establezcan límites más claros respecto a los derechos y obligaciones, de esta manera, el Estado preserva su margen de actuación en materia ambiental, sanitaria, fiscal o social, sin renunciar a los beneficios que trae consigo el sistema internacional de protección de inversiones.

La compatibilidad entre soberanía nacional y arbitraje de inversiones no solo es posible, sino que es deseable en un mundo globalizado en donde superar las tensiones que enfrentan ambos conceptos permite construir un sistema jurídico más sólido, legítimo y equilibrado, en el cual, el Estado conserva su capacidad de actuar conforme al interés general, pero lo hace dentro de un marco que ofrece confianza, transparencia y protección a los inversionistas. Esta articulación es clave para el futuro del derecho internacional de las inversiones.

5.2 Mecanismos para garantizar la seguridad jurídica sin vulnerar la soberanía

En cuanto al arbitraje de inversiones los Estado deben encontrar mecanismos que permitan atraer y proteger la inversión extranjera sin comprometer la soberanía nacional. Se respalda aquello debido a que no todo método de seguridad jurídica puede ser utilizado

si afecta de manera considerable al Estado y a las normas constitucionales, no obstante, aquello no pasa con el arbitraje de inversiones.

Esta tensión no puede resolverse mediante una postura completamente cerrada a este tipo de métodos de solución de controversias, por lo tanto, es posible diseñar instrumentos jurídicos, institucionales y procedimentales que articulen de forma equilibrada la seguridad jurídica con el derecho del Estado a regular, administrar justicia y proteger el interés público.

La evolución del derecho internacional de las inversiones y las reformas emprendidas en varios países demuestran que existen diversos mecanismos que pueden cumplir con este objetivo. Estas medidas no implican eliminar el arbitraje ni negar los tratados de inversión, sino repensarlos y rediseñarlos bajo principios de simetría, proporcionalidad y justicia.

5.2.1 Inclusión de cláusulas sobre el “derecho a regular” en los TBI

Uno de los mecanismos que de mejor manera pueden armonizar la seguridad jurídica con la soberanía, es la incorporación en los TBI del derecho del Estado a regular en función del interés público o al menos parámetros aplicables en cuanto a su ejercicio y cuando el mismo se torna abusivo. Esta cláusula permitiría reconocer que el ejercicio de la potestad regulatoria en áreas como la salud, el medio ambiente, la política fiscal o la protección de derechos humanos y en general los sectores estratégicos, no debe ser considerado una violación de los compromisos internacionales asumidos por el Estado, salvo que implique una medida arbitraria, discriminatoria o expropiatoria sin compensación.

En este sentido Martinkute (2025) analiza el escenario actual mencionando que:

El Acuerdo de Protección de Inversiones entre la UE y Vietnam reafirma el derecho del Estado a regular “para alcanzar objetivos legítimos de política, como la protección de la salud pública, la seguridad, el medio ambiente o la moral pública, la protección social o del consumidor, o la promoción y protección de la diversidad cultural”. Reconocer el derecho a regular en los textos de los tratados permite a los tribunales arbitrales equilibrar la protección de las inversiones con el interés público.

El autor también es enfático en mencionar que la tendencia internacional respecto al derecho a regular es bastante activa en incluir cláusulas (por lo menos dentro del preámbulo) que permitan tener una mayor flexibilidad del Estado en tomar acciones en base al orden público.

No obstante, hay que considerar que aquello tiene un límite claro, el cual ya lo determina Beysulen Angin (2025) mencionando que “Los conceptos de interés público y derecho a regular se utilizan a menudo indistintamente, con la suposición incorrecta de que todo ejercicio de dicho derecho redundaría en interés público”.

En aquello se encuentra una de las principales tensiones respecto a este tema, y es que de ninguna forma se puede considerar que todo cambio normativo responde al interés público, para aquello debería realizarse una revisión de cuáles son los motivos reales que originan a la regulación y si aquello es proporcional, legítimo y justificado.

En este mismo sentido el autor establece que “el arbitraje entre inversionistas y Estados tiene la capacidad de resolver estas disputas de manera equilibrada” por lo que, si se logra un equilibrio entre los TBI, el arbitraje de inversiones y las normas del Estado se podría dar un sistema que ofrezca un mayor grado de seguridad jurídica sin afectar la soberanía regulatoria del Estado.

Para países como Ecuador, que han experimentado la condena por parte de tribunales arbitrales frente a medidas interpretadas internamente como soberanas, este tipo de cláusulas representan una vía efectiva para blindar su capacidad regulatoria sin eliminar las garantías mínimas ofrecidas al inversionista. Al ser una herramienta de diseño normativo, no entra en contradicción con el principio de soberanía, sino que lo afirma mediante una manifestación expresa de voluntad estatal.

5.2.2 Reformulación de los estándares sustantivos de protección

Una de las principales problemáticas respecto a la seguridad jurídica y la soberanía en la materia del presente análisis, son las obligaciones presentes en los TBI, como la de trato justo y equitativo, expropiación indirecta o cláusula paraguas, las cuales se encuentran redactadas en términos excesivamente amplios o ambiguos, lo que ha permitido a los tribunales arbitrales interpretar de forma extensiva sus alcances, lo cual podría afectar decisiones soberanas legítimas. A esto se suma el hecho de que no existe

un sistema de precedentes en el arbitraje internacional y por ende depende mucho del caso concreto y de la interpretación del árbitro si es que se ha configurado o no un incumplimiento.

No obstante, aquello no es un tema insubsanable, por el contrario, depende en gran medida de la técnica jurídica que aplique el Estado a la hora de negociar y redactar los TBI, ya que si anticipadamente se establecen de manera clara las reglas del juego respecto a cómo deben interpretarse los derechos y obligaciones, se deja un menor margen de ambigüedad al árbitro y por lo tanto se puede generar un ambiente mucho más seguro no solo para el inversionista, sino que también para el Estado, quien a su vez puede orientar su política pública a evitar incumplir con el TBI.

En este sentido Prieto Muñoz (2013) menciona que “Se sugiere limitar el alcance del estándar de “trato justo y equitativo”, por el de una enumeración limitativa en el texto del nuevo modelo de TBI, de conductas y medidas estatales, susceptibles de constituir un trato injusto o inequitativo” Por otro lado, es enfático en que “resulta urgente modificar las disposiciones de los TBI (...) que incluyen referencias al “estándar de trato justo y equitativo” y a la noción “expectativas legítimas” de los inversionistas. La misma consideración es válida tratándose del concepto de “expropiación indirecta”.

En base a esto, una de las maneras de articular mejor al arbitraje de inversiones es mediante la reforma y aclaración de las obligaciones internacionales que se encuentran dentro de los TBI con la finalidad de promover un sistema más seguro y confiable que establezca de forma clara el estándar de aplicación.

5.2.3 Inclusión de obligaciones del inversionista y estándares de conducta empresarial

Un tercer mecanismo para equilibrar soberanía y seguridad jurídica es el reconocimiento de obligaciones del inversionista, ya que tradicionalmente, los TBI y el arbitraje de inversiones han funcionado bajo una lógica unilateral: el Estado asume deberes, y el inversionista ejerce derechos, y esta asimetría ha sido ampliamente criticada ya que omite la responsabilidad que también tienen los inversionistas de respetar las leyes locales, los derechos humanos y el medio ambiente, por ello, los nuevos instrumentos internacionales que se estén realizando en este sentido, deben procurar que se incorporen

cláusulas que marquen un estándar mínimo conducta responsable al inversionista, incluyendo las normas internas e internacionales aplicables

Como se ha analizado la jurisprudencia arbitral ha sido enfática en que el inversionista tiene obligaciones inherentes a sus inversiones sobre todo respecto a las normas internas y la prevención de actos de corrupción, debido a esto se ha promovido el reconocimiento de la doctrina del “clean hands”, que impide que un inversionista que haya actuado de manera corrupta pueda acceder a la protección del arbitraje, la cual en palabras de Cervantes Valarezo (2018) respecto a cómo se la debe interpretar:

Su aplicación puede surtir dos efectos distintos: a) que el tribunal arbitral rechace ejercer jurisdicción; o, b) que el tribunal declare los reclamos del inversionista improcedentes. La doctrina resulta aplicable a dos casos: a) cuando la inversión no cumple con los requisitos para ser considerada como tal bajo el ordenamiento jurídico del Estado anfitrión o, b) cuando existen actos de corrupción relacionados con el establecimiento o desarrollo de la inversión

No obstante, sigue siendo necesario ampliar esta perspectiva de obligaciones mutuas y establecer causas taxativas dentro de los TBI. Mediante aquello, se puede garantizar un mayor grado de seguridad jurídica para el propio Estado y conseguir mayor armonía con la soberanía.

Por otro lado se ha discutido el impacto de los derechos humanos en cuanto a los TBI y como aquello merece un mayor desarrollo para evitar que existan tensiones entre el derecho internacional público de derechos humano, la constitución y los tratados de inversiones, para aquello es importante remitirnos al criterio de Víctor Cabezas (2019) quien menciona respecto al control de convencionalidad que “tanto la configuración y firma de los TBI como su aplicación concreta deben estar sujetas a este control que garantiza la vigencia de los derechos humanos dentro del Estado” Por ende es necesario que se establezcan el alcance y los límites que tienen los inversionistas y tener un sistema más claro respecto a cuando su responsabilidad puede cerrar las puertas a una reclamación en base a un TBI.

Estas disposiciones no solo refuerzan la legitimidad del sistema, sino que permiten a los Estados invocar excepciones, reconveniones o falta de jurisdicción cuando la inversión fue realizada en violación de la ley nacional o del orden público.

5.2.4 Reformas institucionales al sistema arbitral

Existen cambios que se pueden valorar no solo desde el punto de vista nacional, sino que también, desde el sistema arbitral de inversiones. Una propuesta relevante ha sido la creación de tribunales permanentes de inversiones, que establece un Tribunal con jueces designados de forma pública y un mecanismo de apelación. Este modelo, inspirado en los principios de la justicia estatal, busca introducir mayor profesionalización, estabilidad jurisprudencial y legitimidad democrática al arbitraje, con ello, se logra que el Estado acepte someterse a un mecanismo más institucionalizado, sin que se perciba como una cesión desmedida de soberanía.

En palabras de Croisant (2025) la particularidad de dichos tribunales es que “los miembros de los tribunales (sujetos a estrictos requisitos de independencia e imparcialidad) serían nombrados con antelación por un comité conjunto de los Estados parte del tratado. Las decisiones de los tribunales estarían sujetas a apelación ante un órgano de apelación” Esta tendencia a adquirido fuerza sobre todo en el contexto de la Unión Europea, con la motivación de tener un mecanismo más previsible y que en parte de una sensación de mayor seguridad jurídica a las partes. Como lo menciona el mismo autor “Un SCI también está previsto en diversos acuerdos de inversión celebrados entre la UE y terceros Estados. Se pueden encontrar disposiciones para un sistema judicial en los acuerdos de comercio e inversión celebrados entre la UE y Canadá”.

En esta línea, la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) (2021) ha impulsado la creación de un Tribunal Multilateral de Inversiones, cuyo diseño busca reemplazar el modelo ad hoc de arbitraje por un mecanismo judicial permanente con jueces previamente designados, procedimientos uniformes y un sistema de apelación. Este tribunal, según la propuesta debatida, garantizaría una selección transparente de magistrados basada en criterios de independencia, diversidad geográfica y equilibrio de género, bajo la supervisión de un Comité de los Estados parte, con ello, se procura fortalecer la imparcialidad, previsibilidad y legitimidad del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados, reduciendo la percepción de parcialidad estructural y favoreciendo un marco de justicia más coherente y accesible en el ámbito internacional

Asimismo, la incorporación de normas de transparencia procesal, como las previstas en las Reglas de la CNUDMI sobre Transparencia en Arbitraje entre Inversionistas y Estados (Reglamento de La CNUDMI Sobre La Transparencia En Los Arbitrajes Entre Inversionistas y Estados En El Marco de Un Tratado, 2014) ha permitido que los procedimientos arbitrales incluyan la publicación de documentos, audiencias abiertas al público y participación de terceros interesados. Estas medidas son esenciales para que el arbitraje no opere como un sistema cerrado que escapa al control social o democrático del Estado.

5.2.5 Transparencia, participación mediante Amicus Curiae y control constitucional

La revisión constitucional de los TBI permite verificar la compatibilidad del tratado con el orden interno, evitando compromisos que contradigan principios fundamentales, sin embargo, en el contexto ecuatoriano aquello se ha realizado con la única finalidad de denunciar aquellos instrumentos internacionales que incumplan con el artículo 422 de la constitución, no obstante, se puede dar una visión más efectiva a este control.

Mediante la Corte Constitucional se puede analizar el contenido de los TBI que se vayan a ratificar y revisar si aquellos cumplen con las normas constitucionales y que no impongan una excesiva restricción a la capacidad regulatoria del Estado, aquello permitiría más armonía entre las obligaciones de los TBI y el ordenamiento jurídico ecuatoriano, siendo este un filtro para evitar tensiones.

Adicionalmente, algunos tratados modernos han incluido cláusulas de participación a terceros, como lo menciona Carbajal Valenzuela & Mendoza Neyra (2021)

La incorporación de los amicus curiae a la estructura procedimental de los AII no fue una iniciativa de los Estados. En principio, fueron los tribunales arbitrales internacionales que, frente a conflictos muy complejos, voluntariamente aceptaron las opiniones técnicas, jurídicas y científicas de partes no contendientes, bajo la institución del derecho procesal de amicus curiae. durante el desarrollo de los arbitrajes

Esto promueve una mayor participación de aquellas personas que puedan tener un interés en el arbitraje o que puedan aportar de manera técnica a llegar a una mejor decisión, especialmente cuando las medidas impugnadas están relacionadas con el ambiente, la salud pública o los derechos colectivos.

Por otro lado, debido a que el arbitraje de inversión suele someter disputas con elementos de potestades estatales regulatorias u orden público, se vuelve indispensable continuar fortaleciendo los estándares de transparencia aplicables a estos procedimientos. Ello implica no solo garantizar el acceso oportuno a la información relevante de los casos, sino también asegurar que las partes y la ciudadanía puedan comprender el alcance de las pretensiones, los criterios jurídicos discutidos y los efectos potenciales sobre la actuación estatal. Una mayor apertura contribuye a reforzar la legitimidad del sistema, mitigar percepciones opacas y consolidar la confianza pública en la solución internacional de controversias, especialmente en contextos donde las decisiones adoptadas pueden incidir directamente en políticas públicas, regulación económica y recursos estratégicos del Estado.

Mediante estos mecanismos se puede conseguir un arbitraje de inversiones donde no solo las partes puedan ejercer su opinión respecto a temas que muchas veces tratan del interés público, si no que cualquier persona interesada que pueda dar un criterio técnico y valioso lo pueda hacer y de tal forma exista un mayor grado de participación.

5.2.6 Desarrollo de mecanismos regionales de solución de controversias

Dentro del marco jurídico ecuatoriano existen medios por los cuales se puede acudir a arbitraje de inversiones mediante cláusulas arbitrales dentro de los TBI sin una reforma a las normas constitucionales, el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana admite expresamente que los tratados que establezcan instancias arbitrales regionales son constitucionales.

En palabras de López Jaramillo (2017):

La iniciativa de crear un centro de solución de controversias latinoamericano parece haber tenido impulso desde la reforma constitucional ecuatoriana del 2008. A pesar de que, con la redacción del artículo, no queda claro si el texto se refiere a que la sede del arbitraje debe ser un país de la región, o si la controversia debe

haberse originado en algún país de estos, o si el órgano administrador del arbitraje debe ser latinoamericano o residir en la región, el propósito quedó plasmado desde la vigencia de la nueva norma constitucional

Hay que considerar que si bien dicho centro regional no estaría alejado de la crítica y puede llegar a generar incertidumbre entre los inversionistas que se vean envueltos por los TBI, este tipo de mecanismos permitiría fortalecer la integración regional, fomentar soluciones más contextualizadas y reducir la dependencia de tribunales internacionales de corte anglosajón o europeo. Aunque iniciativas como el Centro de Arbitraje de la UNASUR no llegaron a consolidarse, su lógica sigue siendo válida, la cual es crear un foro regional que permita resolver disputas con estándares comunes y una visión equilibrada entre los derechos del inversionista y las prioridades de desarrollo de los Estados.

Estas propuestas requieren voluntad política, capacidad técnica y un compromiso de los Estados para defender su soberanía desde una lógica de cooperación y no de aislamiento. En lugar de cerrar las puertas al arbitraje, se trata de reformularlo desde dentro, construyendo mecanismos más justos, legítimos y funcionales para ambas partes.

5.2.7 Mecanismos para controlar la práctica del treaty shopping

Una de las practicas más cuestionadas respecto al arbitraje de inversiones es el uso del treaty shopping el cual en palabras de Bernal Muñoz (2023) consiste en “situaciones en las que un inversionista estratégicamente invoca un Acuerdo Internacional de Inversión (AII) distinto al que a prima facie tendría acceso, debido a que este AII o algunas de sus disposiciones resultan más favorables” lo cual se considera como una mala práctica sobre todo cuando una controversia relativa a la inversión ya ha iniciado y el inversionista busca invocar un tratado que le permita ejercer una reclamación vía arbitraje de inversiones más efectiva.

En consecuencia, el treaty shopping distorsiona el equilibrio que los tratados buscan alcanzar entre la protección del inversionista y la soberanía regulatoria del Estado, generando un uso instrumental de los mecanismos de arbitraje. Para enfrentar este problema, la práctica internacional ha ido incorporando diversas medidas orientadas al control de esta práctica.

En este sentido el primer mecanismo que los Estados pueden utilizar es establecer una definición estricta de inversionista y de que se entiende por inversión donde se precise, por ejemplo, que se debe tener un vínculo económico y sustancial con el Estado de origen, no solo una sede formal o una sociedad pantalla. Esto impide que se utilicen filiales ficticias para acceder a protecciones que, en realidad, no les corresponden.

Un segundo mecanismo es incorporar cláusulas respecto a la denegación de protección a empresas que carecen de actividad real en su país de origen o que pertenecen a nacionales de un tercer Estado, las cuales son herramientas efectivas para desincentivar la creación de estructuras artificiales.

Como tercera medida podemos mencionar a la exclusión de reclamaciones tras reestructuraciones abusiva donde se establezca que puede ser rechazada la jurisdicción del tribunal en base al tratado cuando la reestructuración societaria se realiza después de que surge la controversia, con ello se evita que el arbitraje sea utilizado como mecanismo reactivo o de oportunismo procesal.

Por otro lado, los tribunales pueden interpretar las conductas de los inversionistas bajo el principio de buena fe internacional, desestimando demandas en las que se evidencie un uso fraudulento del tratado, lo cual puede reforzarse desde el mismo TBI, además es necesaria una mayor transparencia y cooperación entre Estados, donde se den intercambios de información sobre las estructuras corporativas de las empresas y sus beneficiarios finales, lo cual, permite identificar patrones de treaty shopping.

En definitiva, la aplicación abusiva o ilegítima de los TBI por parte de inversionistas que originalmente no estaban dentro de la protección de dicho instrumento es un tema que debe ser contrarrestado para restablecer el equilibrio entre la protección legítima de las inversiones y el derecho soberano de los Estados a regular, evitando que los mecanismos de arbitraje se conviertan en refugios para prácticas contrarias al espíritu de cooperación internacional.

5.3 Análisis de un arbitraje de inversiones equilibrado

La posibilidad de construir un arbitraje de inversiones equilibrado (es decir, uno que garantice simultáneamente la protección de los inversionistas y la defensa legítima del interés público por parte del Estado) no es meramente teórica. Existen experiencias,

marcos normativos y prácticas arbitrales que permiten vislumbrar un modelo más justo, previsible y armónico, en el que la seguridad jurídica y la soberanía estatal coexisten.

Como ya se ha analizado existen una gran cantidad de herramientas mediante las cuales se puede compatibilizar la seguridad jurídica dada a los inversionistas, con la soberanía del Estado, esto no significa que su incorporación estaría alejada de las críticas, pero es innegable que el sistema demanda reformas y medidas que logren una armonía que elimine en gran parte las tensiones que actualmente existen. Aquello nos permite entender que el arbitraje de inversiones no es incompatible con la soberanía regulatoria y que lo jurídicamente adecuado es seguir buscando aquellos medios que permitan desarrollar todas las áreas y puntos problemáticos para lograr un mayor equilibrio.

5.3.1 Reglas claras, simétricas y contextualizadas

Un arbitraje equilibrado parte de tratados o contratos con normas claras, específicas y jurídicamente viables, que no solo protejan los derechos del inversionista, sino que reconozcan también los principios y limitaciones que rigen el actuar estatal, es decir, los estándares sustantivos como el trato justo y equitativo, la protección contra expropiaciones y la cláusula de nación más favorecida deben estar delimitados con precisión, evitando formulaciones abiertas que habiliten interpretaciones extensivas.

Asimismo, debe reconocerse el derecho soberano a regular de forma clara, incluyendo en el tratado una cláusula que salvaguarde la potestad del Estado para adoptar medidas necesarias en áreas sensibles como la salud, el ambiente, la seguridad nacional, los derechos laborales y los sectores estratégicos. La existencia de este tipo de cláusulas permite que el tribunal arbitral pueda evaluar la conducta estatal desde dos perspectivas, la primera mediante una óptica contractual, y la segunda en un contexto público con criterios de razonabilidad, proporcionalidad y buena fe.

5.3.2 Equilibrio procesal, reconveniones y defensa estatal

Un arbitraje equilibrado debe permitir al Estado actuar no solo como demandado, sino también como sujeto activo que pueda también exigir el cumplimiento de obligaciones y ejercer derechos. Esto implica garantizar la posibilidad de reconvenir, por un lado, pero también de establecer excepciones especialmente en casos donde el inversionista haya incurrido en actos ilícitos, violaciones ambientales o incumplimientos

contractuales, si bien actualmente aquello es posible, es prudente establecer estas reglas de forma previa mediante cláusulas en el TBI para garantizar de mejor manera el acceso a estos medios de defensa y mediante aquello dar un mayor grado de seguridad jurídica.

El caso *Perenco vs. Ecuador* constituye un ejemplo notable. Aunque Ecuador fue condenado por violaciones al TBI, el tribunal aceptó la reconvención ambiental del Estado y ordenó a la empresa el pago de más de USD 54 millones por los daños causados al medioambiente. Este precedente demuestra que el arbitraje puede evolucionar hacia un esquema bilateral de responsabilidades, donde tanto el Estado como el inversionista respondan jurídicamente por sus actos, reforzando así la justicia del sistema.

Se debe tener la visión de que el Estado también tiene su derecho a la defensa y que las decisiones de los tribunales deben considerar todos aquellos elementos relativos a la controversia y determinar en qué casos el propio actuar del inversionista genera no solo responsabilidad frente al Estado, sino que también puede viciar su reclamación.

5.3.3 El arbitraje de inversiones y los objetivos del Estado: una relación complementaria

El arbitraje de inversiones tiene funciones no solo como un mecanismo de resolución de controversias entre inversionistas y Estados, sino que también funciona como un instrumento que, bien estructurado, puede contribuir al cumplimiento de los objetivos de desarrollo del Estado. Desde esta perspectiva, la ratificación de Tratados Bilaterales de Inversión (TBI) y de otros instrumentos internacionales de protección de inversiones responde a la necesidad de consolidar un entorno jurídico estable y previsible que promueva la confianza de los inversionistas extranjeros. Dicha confianza, a su vez, actúa como un impulso para la inyección de capital, tecnología y conocimiento en sectores estratégicos y productivos de la economía.

La atracción de inversión extranjera directa constituye un medio para potenciar el crecimiento sostenible y diversificar la estructura productiva nacional. Los TBI cuando establecen reglas claras sobre trato justo y equitativo, protección contra la expropiación sin compensación y mecanismos efectivos de solución de controversias, reducen la incertidumbre jurídica que podría desalentar la inversión.

La complementariedad entre el arbitraje de inversiones y los objetivos del Estado se manifiesta en la posibilidad de canalizar los flujos de inversión hacia sectores prioritarios, tales como energía, infraestructura, innovación y sostenibilidad ambiental, en la medida en que el Estado adopte políticas coherentes con sus compromisos internacionales, puede aprovechar la estabilidad jurídica derivada de estos instrumentos para promover alianzas público-privadas, mejorar la productividad y generar empleo de calidad.

Este equilibrio puede sostenerse mediante la seguridad jurídica, como una garantía de que tanto el inversionista como el Estado conocen de antemano sus derechos y obligaciones, y los límites dentro de los cuales se ejerce la potestad pública. La seguridad jurídica no solo protege al inversionista frente a decisiones arbitrarias, sino que también resguarda al Estado frente a reclamos infundados o desproporcionados. Un marco jurídico claro y coherente reduce la conflictividad, promueve la previsibilidad y asegura que las relaciones económicas internacionales se desarrollen bajo principios de confianza y buena fe.

No obstante, el desarrollo de este MASC exige una evolución constante, ya que la experiencia internacional ha evidenciado que las obligaciones contenidas en los tratados deben ser más cerradas y específicas, evitando formulaciones excesivamente abiertas o ambiguas que puedan ser interpretadas en detrimento de las facultades regulatorias del Estado.

Los elementos mencionados en este análisis apuntan precisamente a fortalecer dicha capacidad mediante la redefinición de los estándares de protección y la inclusión de salvaguardas que equilibren la relación entre el inversionista y el Estado. Solo a través de un diseño normativo más preciso y de un arbitraje transparente y coherente con los fines públicos, es posible garantizar que la protección internacional de las inversiones, la seguridad jurídica y los objetivos de desarrollo estatal funcionen como ejes complementarios de un mismo modelo de desarrollo económico y social.

CONCLUSIONES

A partir del análisis realizado es evidente que el arbitraje de inversiones en Ecuador constituye un mecanismo que, si bien busca garantizar la seguridad jurídica de los

inversionistas, también genera debate y tensiones significativas frente a la soberanía del Estado. Su aplicación manifiesta la necesidad de generar un equilibrio entre la protección de las inversiones extranjeras y la capacidad regulatoria estatal, especialmente frente a medidas adoptadas en función del interés público.

Primero, el estudio demuestra que el arbitraje de inversiones no debe entenderse como una cesión absoluta de soberanía, sino como una manifestación legítima de cooperación internacional.

La participación del Estado en tratados bilaterales y en mecanismos arbitrales refleja el ejercicio racional de su soberanía en un contexto global, sin embargo, las obligaciones internacionales asumidas en estos instrumentos requieren una interpretación prudente, que evite restricciones excesivas a la capacidad estatal de adoptar políticas económicas, sociales o ambientales.

Segundo, respecto a los casos emblemáticos analizados, se concluye que los conflictos más relevantes entre Ecuador y los inversionistas no surgen del arbitraje como institución, sino de la falta de precisión en los compromisos asumidos y de una débil planificación contractual y normativa.

Los laudos dictados en contra del Estado han revelado debilidades respecto a la negociación de los tratados y la gestión en la ejecución contractual con los inversionistas, lo cual debe ser corregido mediante una política con un mayor grado técnico, transparente y preventivo.

Tercero, el arbitraje de inversiones puede y debe coexistir con la soberanía nacional, siempre que se lo inserte dentro de un marco jurídico equilibrado. La experiencia ecuatoriana demuestra que la desvinculación absoluta del sistema internacional de inversiones no es sostenible en el largo plazo, pero tampoco lo es una apertura irrestricta que desconozca los principios de supremacía constitucional y de interés general.

Finalmente, el futuro del arbitraje de inversiones en Ecuador exige un modelo renovado de política pública, en el cual la atracción de capital extranjero se base en la transparencia, la proporcionalidad de las obligaciones y el fortalecimiento institucional. Solo así se podrá consolidar un entorno de inversión que respete simultáneamente la seguridad jurídica de los inversionistas y la soberanía regulatoria del Estado, garantizando que los mecanismos arbitrales sirvan como instrumentos de desarrollo y no como fuentes de vulnerabilidad económica.

BIBLIOGRAFIA

- Aljure Salame, A., García Matamoros, L. V., Arévalo Ramírez, W., & Prieto Ríos, E. (2022). *América latina en el arbitraje internacional de inversiones*. Editorial Tirant Lo Blanch.
- Bernal Muñoz, J. D. (2023). Redefiniendo el treaty shopping en el arbitraje internacional de inversión: propuestas a partir del análisis de reclamaciones por reflective loss. *Universidad de Los Andes*.
- Beysulen Angin, B. (2025). The Right to Regulate vs Investment Protection: Unveiling the Causes of Imbalance and the Limits of Current Reform Efforts in International Investment Law. *ICSID Review - Foreign Investment Law Journal*, 40(1), 11–41. <https://doi.org/10.1093/icsidreview/siaf007>
- Bodin, J. (1576). *Los seis libros de la República* (P. Bravo García, Ed.; 3rd ed.). EDITORIAL TECNOS S.A.
- Cáceres Santillán, C. (2024). *El arbitraje internacional de inversiones: la seguridad jurídica de las inversiones extranjeras en las cláusulas Trato Nación Más Favorecida y Trato Justo y Equitativo de los tratados de inversión* [(Tesis doctoral inédita)]. Universidad de Sevilla.
- Carbajal Valenzuela, C., & Mendoza Neyra, Y. (2021). La relevancia de los amicus curiae en los arbitrajes internacionales de inversión pos COVID-19 en materia de salud pública. *Agenda Internacional*, 28(39), 201–225. <https://doi.org/10.18800/agenda.202101.008>
- Caso CIADI No. ARB/06/11: Occidental Petroleum Corporation Occidental Exploration and Production Company C. La República Del Ecuador (2012).
- Caso CIADI No. ARB/08/4: Murphy Exploration and Production Company International C. República Del Ecuador (2010).
- Caso CIADI No. ARB/08/6: Perenco Ecuador Limited C. La República Del Ecuador (2019).
- Caso CPA Núm. 2019-15: Worley International Services Inc. C. La República Del Ecuador (2023).
- Castro Zurita, F. (2024). *Actualidad del arbitraje inversionista Estado en Ecuador y la utilidad del regreso al CIADI*. ECUVYAP.

- Cepeda Altamirano, C. (2024). *Arbitraje y sectores estratégicos: ¿Por qué sigue siendo el mecanismo idóneo y cuáles son sus retos actuales en Ecuador?* Instituto Ecuatoriano de Arbitraje.
- Cervantes Valarezo, A. A. (2018). La doctrina de las “manos limpias” en el arbitraje de inversión y su aplicabilidad en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Una visita al derecho internacional. *Iuris Dictio*. <https://doi.org/10.18272/iu.v22i22.1133>
- Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional. (2021). Posible reforma del sistema de solución de controversias entre inversionistas y Estados. In *Asamblea General de la Organización de las Naciones Unidas*. <https://docs.un.org/es/A/CN.9/WG.III/WP.213>
- Constitución de La República Del Ecuador, Pub. L. No. Registro Oficial Nro 449 (2008).
- Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones Entre Estados y Nacionales de Otros Estados (1966).
- Croissant, G. (2025). *Investment Court System*. Jus Mundi.
- Dictamen No. 043-10-DTI-CC Sobre El Tratado Entre La República Del Ecuador y Los Estados Unidos de América Sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones (January 10, 2011).
- Febles Pozo, N. (2020). La transparencia y el interés público en el arbitraje de inversiones. *Vniversitas*, 69, 1–13. <https://doi.org/10.11144/Javeriana.vj69.tiai>
- García Manrique, R. (2004). Radbruch y el valor de la seguridad jurídica. *Estudios de Teoría Del Derecho y Filosofía Del Derecho*, 21.
- Gómez de la Torre, B. (2016). Críticas al arbitraje de inversiones y las soluciones a plantearse. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 7. <https://doi.org/10.18272/rea.i7.3527>
- Guamán Pacalla, O. X. (2020). *La estabilidad jurídica en el tratamiento de las inversiones extranjeras en el Ecuador* [Tesis Maestría]. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Ley de Arbitraje y Mediación, Pub. L. No. Registro Oficial Nro 417 (2006).
- López Jaramillo, A. (2017). Presente y futuro del Arbitraje de Inversiones en el Ecuador. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 8. <https://doi.org/10.36649/rea807>
- Martinkute, I. (2025). *Right to regulate in the public interest: Treaty practice*. Jus Mundi.
- Merizalde Urdaneta, J. F., & Monroy Valencia, M. J. (2023). Introducción al arbitraje de inversión: origen y evolución del sistema, principales críticas y nuevas perspectivas. *GUÍA DE ARBITRAJE DE INVERSIÓN*.

- Montt, Santiago. (2012). *State liability in investment treaty arbitration: global constitutional and administrative law in the BIT generation*. Hart.
- Naranjo Ponce, M. G. (2017). 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. *Revista Ecuatoriana de Arbitraje*, 9, 47–81.
- Perrone, N. (2017). Los tratados bilaterales de inversión y el arbitraje internacional: ¿en dirección al mejor funcionamiento de las instituciones domésticas? *Foro: Revista De Derecho*, 17, 63–88.
- Polanco, R., & Manrique de Lara Seminario, J. L. (2021). Cláusulas paraguas. In *El derecho internacional de las inversiones: desarrollo actual de normas y principios*.
- Posada Valderrama, J. D. (2023). *Inversión extranjera y soberanía estatal: Tensiones y reacciones en la evolución de la cláusula de la Nación más Favorecida desde una perspectiva colombiana*. Universidad de los Andes.
- Prieto Muñoz, G. (2013). *El trato justo y equitativo en el derecho internacional de inversiones*. Universidad Andina Simón Bolívar.
- Redes at Uruguay. (2016). *La experiencia de la CAITISA y la verdadera “ética de la responsabilidad”* (6).
- Reglamento de la CNUDMI sobre La transparencia en los arbitrajes entre Inversionistas y Estados en el marco de un tratado (2014).
- República del Ecuador, & Estados Unidos de América. (1993). *Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y la protección de inversiones*.
- Revelo Ávila, C. A. (2011). Arbitraje internacional de inversiones como mecanismo de solución de conflictos entre Ecuador, como Estado soberano y los inversionistas extranjeros. *Universidad de Las Américas*.
- Rey Vallejo, P. (2007). El arbitraje de inversiones y los retos de la globalización. *Revista de Derecho Privado*, 38, 3–23.
- Saavedra, A. G. (2012). La función reguladora del Estado y del derecho. *Revista IUSTA*, 2(37), 219–238.
- Sáez Arjona, E. (2013). Duguit, Léon, Soberanía y Libertad. Lecciones dadas en la Universidad de Columbia. *Revista de Estudios Histórico-Jurídicos*, 35, 814–816. <https://doi.org/10.4067/S0716-54552013000100034>
- Vargas Morales, R. A. (2023). Seguridad jurídica como fin del derecho. *Revista de Derecho*, 27. <https://doi.org/10.22235/rd27.3075>