

INTRODUCCIÓN

El 28 de Septiembre del año 2008 el pueblo ecuatoriano aprobó en Referéndum una nueva Constitución de la República. Dicha Constitución traía consigo varias novedades tanto jurídicas como ideológicas, la cuales prometían al País una mejora en la calidad de vida de los ecuatorianos. En gran parte, la nueva Carta Magna impone las premisas de una nueva corriente política denominada el “Socialismo del Siglo XXI” la cual defiende aprensivamente la soberanía nacional del Estado Ecuatoriano. Como parte de esa defensa a la soberanía, se redacta el artículo 422 en el capítulo de las Relaciones Internacionales cuyo texto reza:

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

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias

arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.¹

Con esta disposición, se intentó vetar la posibilidad de que el Estado ecuatoriano se someta a arbitraje internacional debido a algunas experiencias pasadas en este ámbito, en especial en el fuero arbitral del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones (CIADI), en el cual nuestro país ha sido demandado en repetidas ocasiones. Así, a raíz de la publicación del artículo, Ecuador denunció el Convenio del CIADI y adicionalmente el Presidente de la República solicitó a la Asamblea Nacional su aprobación para denunciar numerosos Tratados Bilaterales de Inversión que el País mantenía con varios países, en lo que se establece Arbitraje Internacional como método de resolución de Controversias.

El artículo trae una nueva tendencia para el Estado ecuatoriano acerca de las relaciones internacionales que demuestra una posición aparentemente reacia hacia el Arbitraje Internacional. Pero es necesario comprender cuál es el alcance de la prohibición prescrita en el artículo analizado para dilucidar si verdaderamente sirve como revestimiento del Estado en contra del Arbitraje Internacional, que fue la intención con la que fue escrito de acuerdo al acta de discusión legislativa.

En este trabajo se sostiene que la prohibición del artículo 422 no sirve como mecanismo para evitar que el Ecuador se someta a Arbitraje Internacional, debido a su pobre redacción, a las excepciones propuestas en el mismo y a la aplicación práctica que se le ha dado.

Para el mencionado análisis, en el capítulo primero se procederá a precisar algunos conceptos generales del Arbitraje Internacional, excavar sobre lo que es la inmunidad soberana para dilucidar si es lo mismo que la “jurisdicción soberana” y profundizar en

¹ Artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008.

la dialéctica del consentimiento arbitral para efectos de observar si la petición de denuncia de los Tratados Bilaterales de Inversión afectaría o no a las cláusulas de resolución de controversias contenidas en ellos y si se le puede exigir al Ecuador respetarlas a pesar de la existencia de la prohibición. En el segundo capítulo se hará un análisis detallado sobre la excepción a la prohibición constitucional prescrita en los incisos segundo y tercero para determinar su alcance y la forma en que se debería aplicar, y así determinar si realmente se cumple la finalidad de excluir al Arbitraje Internacional. Finalmente, el tercer capítulo analiza la prohibición propuesta en el inciso primero en concordancia con la excepción del inciso segundo y tercero para determinar el verdadero alcance del artículo. Adicionalmente se observará la manera en que se ha aplicado el artículo por parte de la Función Ejecutiva, Legislativa y Judicial y se hará un análisis crítico de dicha aplicación. Con ello se demostrará que el artículo ha sido interpretado erróneamente en numerosas ocasiones al utilizarlo como motivación para la denuncia de dichos tratados.

Así, a lo largo de todo el trabajo se demostrará cómo a pesar de la prohibición establecida en el artículo 422 de la Constitución, el Estado ecuatoriano continuará sometiendo sus controversias a Tribunales Arbitrales Internacionales y por tanto a jurisdicción extranjera. De tal manera que la norma constitucional no cumple con la finalidad para la que fue expedida; blindar al Ecuador del Arbitraje Internacional.

CAPITULO I

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL, LA INMUNIDAD SOBERANA Y EL CONSENTIMIENTO ARBITRAL

Es de conocimiento general que el Arbitraje es un método de resolución de controversias alternativo al de la administración de justicia que imparten los estados. Por ello, tiene una normativa especial. Sin embargo, es importante recordar que el Arbitraje Internacional y en especial el que involucra al Estado, difiere aún más de cualquier otro sistema de administración de justicia local. Esto se debe a que no existe una autoridad “superior” que sea quien se encargue de garantizar los derechos e imponer el cumplimiento de las obligaciones, ya que en la comunidad internacional no existe hasta hoy un método coercitivo que obligue a los Estados soberanos a actuar de determinada manera. Precisamente como parte de esta noción de soberanía, es prerrogativa de los estados el someterse o no a una autoridad internacional para la resolución de los conflictos que surjan con otros estados o con los particulares, dado que cada uno tiene su propio sistema interno de administración de justicia al que muchas veces intentarán defender celosamente. Es por ello que el arbitraje internacional no puede ser impuesto, sino que debe haber un consentimiento, sea previo o posterior al surgimiento de la controversia, proveniente de la voluntad de

todas las partes involucradas en la misma; esto incluye la voluntad propia del Estado de renunciar a su derecho a resolver sus conflictos a través de su propio sistema de justicia y someterse a una autoridad internacional.

Para comprender el alcance del Art. 422 de la Constitución de la República, es necesario tener muy claro primeramente lo que es el arbitraje, qué constituye la jurisdicción soberana y el problema del consentimiento arbitral cuando una de las partes es un Estado.

1.1. Nociones Básicas del Arbitraje Internacional

A pesar de las diferencias existentes entre el Arbitraje Local y el Internacional, las teorías acerca de su naturaleza jurídica son esencialmente las mismas, por ello, se comenzará por una breve descripción de cada una de ellas en cuanto al arbitraje en general, sin hacer diferenciación entre estas dos clases por el momento.

1.1.1. Naturaleza Jurídica del Arbitraje

El problema de la naturaleza jurídica del arbitraje es una cuestión fundamental, pues así es posible estar al tanto primeramente del concepto y alcance que se le dé a este método de resolución de conflictos² en cada país y en segundo lugar el tratamiento que se le va a dar a los laudos expedidos como resultado del proceso. De la concepción que se tenga acerca de la naturaleza del arbitraje depende la manera en que los estados vayan desarrollando la legislación en su torno; ello determinará cuáles serán las condiciones para que pueda llevarse a cabo un arbitraje, las reglas que dirijan el proceso, los derechos que se pueden discutir y qué alcance se le dará a los laudos tanto

² No me aventuro aún a llamarlo “método de administración de justicia”, pues existe controversia sobre si constituye o no una administración de justicia. En breve se hablará de la teoría jurisdiccional que fundamenta este argumento, pero cabe recalcar que, en mi opinión, el arbitraje es de hecho método de administración de justicia con sus particularidades lo cual lo convierten en un sistema independiente.

nacionales como internacionales. Como bien afirma el autor GONZÁLEZ DE COSSIO “la actitud que el derecho y tribunales nacionales tomen en relación con los procedimientos y el laudo arbitral depende en gran medida de la concepción en la que se tenga la naturaleza jurídica del arbitraje”.³

Existen dos teorías principales acerca de la naturaleza del arbitraje: la teoría jurisdiccional y la teoría contractualista. Estas dos teorías provienen de la división del derecho objetivo en público y privado. El planteamiento de la naturaleza jurídica del arbitraje responde a un intento por descifrar a cuál de estos dos ámbitos pertenece.⁴

1.1.1.1. Teoría Jurisdiccional:

La teoría jurisdiccional, que intenta encajar al arbitraje dentro del ámbito público del derecho, afirma que el arbitraje es una verdadera administración de justicia y que los árbitros tienen una real jurisdicción⁵ para conocer los casos que se les presentan. Los argumentos principales para afirmar lo anterior son las similitudes que existen entre las funciones de los jueces y de los árbitros y entre la sentencia y el laudo arbitral. Las distintas tesis dentro de esta teoría oscilan entre el mero reconocimiento del laudo arbitral como fallo judicial y la equiparación absoluta entre el árbitro y el juez público.

“La verdad es que el arbitraje es la institución que mejor conserva el genuino sentido de la jurisdicción: *judicium inter pares*”⁶. Es bien sabido que ésta es potestad exclusiva del Estado al cual los particulares le han cedido parte de sus libertades a cambio de seguridad. Los defensores de esta teoría afirman que de la misma manera en que soberanamente el Estado consigue adjudicarse la resolución de conflictos, puede delegar dicha facultad, siempre en observación del principio de legalidad, a

³ F. GONZÁLEZ DE COSSIO. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008. p.13.

⁴ J. M. ROCA MARTÍNEZ. *Arbitraje e Instituciones Arbitrables*. Barcelona: JM Bosch Editores, 1992. p. 38.

⁵ “La jurisdicción, esto es, el poder de administrar justicia, consiste en la potestad pública de juzgar y hacer ejecutar lo juzgado en una materia determinada, potestad que corresponde a los tribunales y jueces establecidos por las leyes.” Art.1 Código de Procedimiento Civil Ecuatoriano

⁶ RAMOS MÉNDEZ. *Derecho Procesal Civil*. En, ROCA MARTÍNEZ. *Op. Cit.* p.44.

determinados particulares para que éstos ejerzan dicha potestad en su nombre y por autoridad de la Ley. Esto es precisamente lo que, bajo la lógica de esta teoría, sucede en el caso del arbitraje y es por ello que se mantiene que la naturaleza jurídica del arbitraje implica la característica de derecho público de la jurisdicción. En palabras de GONZÁLEZ DE COSSIO:

La teoría jurisdiccional sostiene que el arbitraje tiene, en su esencia, naturaleza jurisdiccional [...] en cuanto a su origen, sostiene que es una función del Estado controlar y regular los arbitrajes que tengan lugar dentro de su jurisdicción. Lo anterior puesto que la solución de controversias mediante la interpretación y aplicación del derecho (la función jurisdiccional) es una función soberana normalmente ejercida mediante los tribunales nacionales establecidos [...] [pero también] puede tener lugar la solución de una controversia por medio distinto a dicha facultad, ello curre puesto que el Estado así lo admite en forma expresa o tácita. Esta autorización es un acto de justicia delegada o paralela que encuentra su sanción en la ejecutabilidad del laudo en forma similar a una sentencia proveniente de un juez estatal.⁷

Históricamente, la teoría jurisdiccional aparece antes que la contractual, y de hecho se hace una reflexión acerca del porqué no puede ser privada la potestad del árbitro puesto que las partes no pueden otorgar más de lo que tienen, y como carecen de jurisdicción, el poder de decidir obligatoriamente y con efecto de cosa juzgada y ejecutoriedad incondicionada únicamente puede serles otorgada a los árbitros por el Estado.⁸

Es importante recalcar sin embargo, que en el caso del arbitraje internacional, no existe un Estado supremo que esté delegando jurisdicción a un particular. En este caso, cabe preguntarse si se podría hablar de una jurisdicción supranacional a la que se deban someter los diferentes países, o si se trata de una facultad que los Estados otorgan soberanamente a los árbitros internacionales mediante el consentimiento arbitral y se obligan a cumplir las decisiones únicamente bajo el principio de buena fe. La lógica indica que la segunda es una respuesta más adecuada debido a que afirmar la existencia

⁷ F. GONZÁLEZ DE COSSIO. *Op. Cit.* p. 14.

⁸ FENECH NAVARRO. *El arbitraje en el derecho Español*. Citado en ROCA MARTÍNEZ. *Op.Cit.* p. 47.

de una jurisdicción supranacional sería generar un debate que excede a la intención de este trabajo.

1.1.1.2. *Teoría Contractual*

La teoría contractual por otro lado, encaja al arbitraje dentro del ámbito privado del derecho puesto que, según ROCA MARTÍNEZ citando a ROCCO:

Así como es privado el negocio jurídico de que los árbitros derivan sus facultades, así es privada su función, así son de derecho privado las relaciones que se engendran entre ellos y las partes, y del mismo modo lo es el laudo que dictan [...] Si quien nombra los árbitros y determina los límites de su oficio, no obra en interés público, esto es, en calidad de órgano del estado, sino sólo en interés privado, lógicamente se deduce que las funciones de los árbitros no son funciones públicas sino privadas, juicio privado y no sentencia, el fallo que de ellos emana.⁹

La presente teoría afirma que la competencia de los árbitros para dirimir las controversias proviene exclusivamente de la voluntad de las partes que han acordado someterse a arbitraje y por lo tanto que el árbitro carece de jurisdicción tanto propia como derivada. A pesar de que su decisión es irrevocable, sólo lo es por voluntad de los involucrados de acuerdo a la ley, mas no es ejecutiva. Se plantea que rige el principio de autonomía de la voluntad poniendo a la voluntad y al consentimiento de las partes como fuentes esenciales del arbitraje, negando así la supremacía y el control por parte del Estado sobre el mismo. Tanto es así, que GONZÁLEZ DE COSSIO ha afirmado que, bajo el punto de vista de quienes defienden esta teoría, “el procedimiento arbitral está basado en acuerdos contractuales [...] en caso de que una de las partes no honre su palabra, el resultado del pacto –el laudo- se ejecutará como un contrato.”¹⁰ De esta manera, se dice que los árbitros tienen la autoridad de resolver porque las partes les han otorgado esa facultad y se han obligado voluntariamente a acatar el dictamen emitido por el Tribunal con la misma capacidad y prerrogativas con las que se comparecen a

⁹ ROCA MARTÍNEZ. *Op. Cit.* p. 41

¹⁰ F. GONZÁLEZ DE COSSIO. *Op. Cit.* p. 15.

celebrar cualquier otro negocio jurídico que sea fuente de obligaciones. Es por ello que en su versión más extrema, la teoría contractualista afirma que el laudo debe ser ejecutado como contrato, entendido éste como un acto jurídico mediante el cual se crean derechos y se imponen obligaciones.¹¹

Hay incluso quienes afirman que el arbitraje ni siquiera es un proceso aunque cumpla una finalidad similar al mismo, como es el caso de HERCE QUEMADA¹², quien afirma que ni siquiera es un procedimiento judicial puesto que no interviene ningún juez, sino que se trata de un procedimiento privado que sustituye al proceso civil y que, como ya se ha mencionado anteriormente, la fuerza vinculante del laudo expedido proviene de la voluntad de los interesados, a pesar de que la legislación equipare su eficacia a la de la sentencia. Así, se incluye al arbitraje dentro del campo de lo contractual con la particularidad de que encierra un procedimiento dentro de sí.¹³

Cabe recalcar que existe también una tercera teoría denominada autónoma, que viene a combinar elementos de las dos teorías descritas arriba, para afirmar que el arbitraje tiene naturaleza propia precisamente por la presencia de elementos tanto de derecho público como del privado. Sin embargo, para efectos del tema que nos compete, esta teoría es de poca relevancia.

Para efectos de explicar la naturaleza jurídica del Arbitraje Internacional, parece más adecuada la teoría contractual. De esta manera, cuando el Estado y/o los particulares se someten a los Tribunales Arbitrales Internacionales, les otorgan la autoridad de resolver sus conflictos por un consentimiento dado previamente al inicio del proceso. Si es cierto que en materia local “la sentencia arbitral es una verdadera y propia sentencia dotada de fuerza obligatoria, pero carece de fuerza ejecutiva, característica del poder de

¹¹ Cabe recalcar que la versión extrema de la teoría contractualista no es compartida por todos los doctrinarios que la defienden, quienes se limitan a afirmar que la fuente de autoridad del Tribunal es la voluntad de las partes y que como en cualquier otro acto de voluntad, es necesario recurrir a un juez para exigir su cumplimiento.

¹² Citado en ROCA MARTÍNEZ. *Op.Cit.* p. 44.

¹³ OGAYAR Y AYLON. *Recursos contra el laudo arbitral*. Citado en ROCA MARTÍNEZ. *Op.cit.* p. 43.

imperio del Estado”¹⁴, el mismo principio aplica con mayor razón al ámbito internacional, donde el laudo debe ser ejecutado por la vía judicial para que, por medio de quienes sí tienen facultad de imperio, se haga cumplir a la fuerza con lo dispuesto en la resolución de los árbitros si una de las partes se negare a hacerlo. Esta misma falta de imperio dentro del territorio de determinado Estado que tienen los Tribunales Arbitrales ha llevado a que se cree una doctrina que busca establecer reglas que trasciendan las divisiones territoriales y sus respectivas normas.

1.1.1.3. *Naturaleza del arbitraje en el Ecuador*

Ahora, es indispensable descifrar a cuál de las dos teorías sobre la naturaleza jurídica del arbitraje se ajusta la legislación ecuatoriana. Es necesario comenzar transcribiendo dos normas constitucionales: El Art. 178 de la Constitución de la República reza:

Los órganos jurisdiccionales, **sin perjuicio de otros órganos con iguales potestades reconocidos en la Constitución**, son los encargados de administrar justicia, y serán los siguientes: 1. La Corte Nacional de Justicia; 2. Las cortes provinciales de justicia; 3. Los tribunales y juzgados que establezca la ley; 4. Los juzgados de paz.¹⁵

Esto quiere decir, que existen otros órganos que tienen las mismas potestades jurisdiccionales a demás de los enumerados en el presente Art., con la condición de que se encuentren reconocidos en la Constitución. Así, más adelante la Carta Magna en el Art. 190 determina 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. [...]”¹⁶.

¹⁴ H. ROCCO. *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. p. 92.

¹⁵ Art. 178 de la Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre de 2008. Las negrillas son agregadas.

¹⁶Art. 190 *Ibidem*.

Una interpretación sistemática¹⁷ de estas dos normas, conducen a la conclusión de que el arbitraje es uno de los métodos reconocidos por la Constitución como encargados de administrar justicia, y que tienen las mismas potestades que los órganos jurisdiccionales. Así, reconocemos que los tribunales arbitrales no forman parte de estos órganos pero que la constitución les otorga la potestad de administrar justicia. En otras palabras; si sabemos que la potestad de administrar justicia es exclusiva del Estado, y entendemos que las potestades de los árbitros son jurisdiccionales en virtud de una atribución constitucional, concluimos que se trata de una potestad delegada, lo que corresponde a la tesis jurisdiccional de la naturaleza del arbitraje.¹⁸

En el inciso cuarto del Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial titulado *PRINCIPIOS DE LEGALIDAD, JURISDICCION Y COMPETENCIA* se estipula que “[...] Los árbitros **ejercerán funciones jurisdiccionales**, de conformidad con la Constitución y la ley. [...]”¹⁹ En este caso, es explícita la tesis jurisdiccional de la naturaleza del arbitraje que ha adoptado el legislador.²⁰

El Código de Procedimiento Civil ecuatoriano, en su artículo tercero establece que: “La jurisdicción es voluntaria, contenciosa, ordinaria, preventiva, privativa, legal y convencional. [...] Jurisdicción convencional es la que nace de la convención de las

¹⁷ Ambos artículos se encuentran dentro del Capítulo Cuarto denominado: “Función Judicial y Justicia Indígena”. El Art. 178 se encuentra dentro de la sección primera y el Art. 190 se encuentra en la sección octava del mismo capítulo.

¹⁸ “La potestad de administrar justicia emana del pueblo y se ejerce por los órganos de la Función Judicial y por los demás órganos y funciones establecidos en la Constitución.” Art. 167 de la Constitución. Cabe aclarar en este punto, que el hecho de que afirme que dicha potestad emana del pueblo, responde únicamente a una concepción democrática, mas esto no implica una supresión del monopolio del Estado sobre la administración de justicia.

¹⁹ Art. 7 del Código Orgánico de la Función Judicial, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 544 del 9 de Marzo de 2009. Las negrillas son agregadas.

²⁰ Es interesante también observar que el Código Orgánico de la Función Judicial le ha dado al arbitraje una característica especial: “**Art. 17.- PRINCIPIO DE SERVICIO A LA COMUNIDAD.-** La administración de justicia por la Función Judicial es un servicio público, básico y fundamental del Estado, por el cual coadyuva a que se cumpla el deber de respetar y hacer respetar los derechos garantizados por la Constitución, los instrumentos internacionales de derechos humanos vigentes y las leyes.”

El arbitraje, la mediación y otros medios alternativos de solución de conflictos establecidos por la ley, constituyen una forma de este servicio público, al igual que las funciones de justicia que en los pueblos indígenas ejercen sus autoridades [...]

partes, en los casos permitidos por la ley.” De acuerdo a este artículo, existe la posibilidad de otorgar a través de un acuerdo entre las partes la potestad pública de juzgar, en los casos permitidos por la ley. En esta descripción encaja perfectamente al arbitraje, dado que en virtud de una cláusula o un convenio arbitral, las partes involucradas en una controversia le otorgan a ciertos sujetos la facultad de resolverla y su decisión es de obligatorio cumplimiento. A primera vista, el Art. 3 del código adjetivo civil abraza la tesis contractual puesto que estipula que la jurisdicción nace de la convención de las partes. Sin embargo, es importante recordar que la palabra “convención” tiene dos acepciones; a) como sinónimo de acuerdo, arreglo o pacto; y, b) como sinónimo de contrato.²¹ Así, un análisis más detallado demuestra que siendo la jurisdicción potestad exclusiva del estado, y habiendo definido en un artículo anterior lo que es la jurisdicción, no es posible que la facultad de los árbitros provenga de un contrato porque en dicho caso, no se trataría de jurisdicción propiamente dicha sino de una obligación de los árbitros en virtud del contrato celebrado entre las partes y a la vez de una facultad otorgada por los particulares para un caso específico como se argumenta en la tesis contractual. Evidentemente, el Art. 3 del Código de Procedimiento Civil utiliza la palabra “convención” como sinónimo de acuerdo.

La concepción jurisdiccional de la naturaleza del arbitraje según el código de procedimiento civil, queda totalmente confirmada con el Art. 17 de dicho cuerpo el cual dice que “ejercen jurisdicción convencional los jueces árbitros.” Aquí, se observa claramente que para el legislador, los árbitros también son jueces.

A continuación, se analizarán varios artículos de la Ley de Arbitraje y Mediación por separado debido a que es la ley especial de la materia que nos concierne:

El Art. 1 define:

El sistema arbitral es un mecanismo alternativo de solución de conflictos al cual las partes pueden someter de mutuo acuerdo, las controversias susceptibles de transacción, existentes o futuras para que sean resueltas por los tribunales de arbitraje administrado

²¹ “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.” Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano.

o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias [...].²²

Esta norma no define la naturaleza del arbitraje más allá de catalogarlo como un mecanismo alternativo (a la jurisdicción ordinaria) de solución de conflictos, sin embargo, se hace alusión al principio de la autonomía de la voluntad de las partes.

El Art. 7 establece que “el convenio arbitral, que **obliga a las partes a acatar el laudo que se expida**, impide someter el caso a la justicia ordinaria.”²³ Una reflexión es pertinente: se dice explícitamente que la obligación de acatar el laudo expedido por el tribunal arbitral proviene del convenio arbitral firmado por las partes, es decir, que proviene de su misma voluntad y no de una obligación impuesta por la ley o de una potestad otorgada a los árbitros por la misma.

Más adelante, el Art. 18 recita:

Acceptedo por los árbitros el cargo de tales, éstos tienen la obligación irrestricta de cumplir las funciones que la presente Ley les asigna, debiendo responder a las partes, en caso de incumplimiento de sus funciones por los daños y perjuicios que su acción u omisión les causare, a menos que se trate de un impedimento justificado [...].

Aquí se integra a los árbitros al ámbito del Derecho Civil al establecer indemnización por los posibles daños y perjuicios que pudieren haber causado a los particulares si no cumplen con sus obligaciones, a diferencia de los jueces ordinarios, a quienes a demás de esta misma sanción, se les puede aplicar una sanción penal por el delito de prevaricato si llegaren a perjudicar a las partes por omisión de sus obligaciones.

Hasta el momento, todos los artículos transcritos parecen atenerse a la tesis contractual, sin embargo, al pasar a regular la expedición de laudos, el Art. 32 establece que:

Ejecutoriado 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

²² Art. 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, publicada en el Registro Oficial No. 145 del 4 de Septiembre de 1997.

²³ Art. 7 *Ibidem*. Las negrillas son aumentadas.

que el juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.

Esto iguala la balanza. Al darle el mismo efecto de cosa juzgada y el mismo método de ejecución que las sentencias de última instancia, la ley manifiesta claros rasgos de la teoría jurisdiccional. Si fuese de otro modo, se hubiese establecido un método distinto de ejecución, ya sea estableciendo el mismo procedimiento que para la ejecución de los contratos como varios de los defensores de la teoría contractualista afirman, o indicando un método especial.

Finalmente, cabe destacar el Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado que indica que:

Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio [...].²⁴

A este respecto, al menos acerca de la naturaleza del arbitraje internacional, que es el que nos interesa para el presente trabajo, se entiende que se lo considera contractual, proviniendo la competencia y facultades de los árbitros de los convenios contenidos en los instrumentos internacionales ratificados por el Ecuador.

En conclusión, la legislación ecuatoriana contiene preceptos contradictorios en cuanto a la naturaleza jurídica del arbitraje, a pesar de haberse observado una inclinación hacia la teoría jurisdiccional en la mayoría del articulado analizado. Sin embargo, desde el punto de vista de jerarquía normativa, la concepción constitucional debería prevalecer por encima de los preceptos de las demás normas, por lo que una adecuación de las mismas sería necesaria para facilitar las cosas. Ahora, el tema es bastante distinto cuando se habla de Arbitraje Internacional, puesto que, como ya se mencionó anteriormente, no existe una autoridad judicial por encima de los Estados que pueda delegar jurisdicción a los árbitros internacionales. En este supuesto, la lógica y la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado indican que el Arbitraje

²⁴ Art. 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, publicada en el Registro Oficial No. 312 del 13 de Abril del 2004.

Internacional tiene naturaleza contractual; donde los Estados soberanamente renuncian a su derecho a ser juzgados por sus propios Tribunales y acuerdan someterse a las autoridades internacionales obligándose a acatar los laudos basándose en el principio de Buena Fe. Y es así como el Ecuador debe concebirlo.

La concepción del arbitraje como una forma de jurisdicción contribuye para el sustento de que la resolución de controversias entre el Estado y los inversionistas extranjeros no es exclusiva de los Tribunales internos ecuatorianos, sino que, obedeciendo a la misma teoría jurisdiccional, es posible delegar a órganos arbitrales la resolución de estos conflictos en el fuero interno, y expresar su voluntad soberana de someterse a la jurisdicción de Tribunales Internacionales en ciertos casos.

1.1.2. Deslocalización del Arbitraje

El Arbitraje Internacional tiene particularidades que lo distinguen del proceso de arbitraje interno estatal; tiene normas procesales propias independientemente del territorio físico en el que se desarrolle, las partes pueden acordar la legislación aplicable para resolver el fondo de la controversia, y los árbitros no pueden tener ningún tipo vínculo, sea de nacionalidad o de cualquier otro tipo, con los implicados en el proceso.²⁵ La finalidad principal del Arbitraje Internacional es buscar un foro imparcial, en el que todas las partes puedan sentirse en igualdad de condiciones. Esto es especialmente importante en las disputas en las que el Estado es una de las partes y se enfrenta a un particular que puede parecer más vulnerable si el caso se ventilara dentro del territorio de su mismo contrincante. Es por ello que se acuerda llevar a cabo el proceso arbitral en un Estado diferente al de la nacionalidad de cualquiera de las partes.

Existen básicamente dos criterios para diferenciar un arbitraje doméstico de uno internacional; a) criterio objetivo, que se refiere básicamente a operaciones de comercio

²⁵ Existen diferentes tipos de normas y reglamentos dependiendo de si el arbitraje es institucionalizado o particular, pero los mencionados son los principios básicos de este tipo de arbitraje.

internacional y que es independiente de la nacionalidad de las partes y del lugar en el que se desarrolle el arbitraje; y, b) criterio subjetivo, que se basa en la nacionalidad o domicilio de las partes. Ecuador toma en cuenta los dos criterios ya que la Ley de Arbitraje y Mediación dice que un arbitraje es internacional cuando las partes así lo hayan pactado, pero debe también cumplir con ciertos requisitos: a) Que las partes tengan su domicilio en estados diferentes el momento de la celebración del convenio arbitral; b) Cuando el objeto litigioso o el lugar de cumplimiento de las obligaciones se encuentren fuera del Estado en que por lo menos una de las partes tiene su domicilio; o, c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional susceptible de transacción.²⁶

Algunos autores han propiciado la idea de que el arbitraje internacional no se integra al ordenamiento jurídico de ningún Estado, por lo que podría no tener relación con el derecho estatal ni siquiera del país en el cual el tribunal tiene su asiento; ello es así, pues el Tribunal Arbitral no dicta el laudo en nombre del Estado que ejerce soberanía sobre ese territorio.²⁷

La teoría de la deslocalización del arbitraje establece que el mismo debería estar regulado por normas transnacionales que no reciban ninguna influencia de las normas internas de los Estados, para poder resolver idóneamente los conflictos originados en relaciones transnacionales. Así el Estado en el que se desarrolle el arbitraje resulta irrelevante mientras dura el proceso.²⁸ Entonces, esto significa que existen algunas alternativas para efectos de las normas procesales arbitrales: i) que las partes elijan una ley estatal diferente a la del país sede; ii) que se excluya cualquier ordenamiento jurídico estatal y se rijan por uno transnacional.

Es importante recalcar que si bien es cierto que para cuestiones de procedimiento en el desarrollo del juicio arbitral la sede no tiene mucha relevancia, no es menos cierto que la elección de la sede es una de las decisiones más importantes a tomar cuando se está a punto de iniciar un proceso. Ello se debe a que las normas que van a regular la

²⁶ Art. 41 Ley de Arbitraje y Mediación del Ecuador

²⁷ J.C RIVERA. *Arbitraje comercial Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Lexis News, 2007. p. 27.

²⁸ H. ROCCO. *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002. p. 21

validez y eficacia del laudo arbitral estarán regidas por el derecho local del país en donde se lleve a cabo. Por lo tanto, si bien el procedimiento en sí puede no necesitar de ninguna ley local, ya que hay arbitrajes administrados que tienen normas procesales propias, los medios para impugnar el laudo y las razones para hacerlo estarán siempre supeditados al derecho interno de un país. Existe una excepción cuando se trata de un arbitraje sometido al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. Aquí el panorama cambia debido a que dicha institución tiene su propio método de ejecución e impugnación de laudos. Para este tipo de procesos, la sede sí resultaría completamente irrelevante por lo que el proceso no guardaría ninguna relación con el derecho local en lo absoluto.²⁹

Además de la prohibición de cesión de jurisdicción soberana que impone el Art. 422, se observa que contiene una excepción que tiene que ver con el lugar en donde se acuerde que debe llevarse a cabo el arbitraje. Así, se exceptúan los tratados que establecen una sede latinoamericana o en Instancias Arbitrales Regionales. De aquí la importancia de realizar un análisis acerca de la sede arbitral.

1.1.3. Determinación de la Sede Arbitral

Una de las intenciones del legislador al redactar el Art. 422³⁰ de la Constitución del Ecuador era la de tratar de evitar que el Estado se someta a Tribunales que lo pusieran “al mismo nivel que una compañía comercial”, puesto que aparentemente se lo consideraba con atentado a la soberanía estatal. Sin embargo, el segundo inciso establece una excepción a la prohibición que deja totalmente sin efecto lo que se quiso hacer en el primero. El artículo permite al Estado someterse a Tribunales Arbitrales en Latinoamérica. Más adelante se analizará en detalle la literalidad de la disposición, pero

²⁹ Sin embargo, en el caso ecuatoriano, el Estado denunció la convención del CIADI, hecho que le da aún mayor relevancia a la determinación de la sede arbitral.

³⁰ Más adelante se explicará el espíritu del artículo en base al informe entregado por la Mesa 9 de Asuntos Internacionales de la Asamblea Nacional Constituyente. Véase punto 1.2.3. del presente capítulo.

por el momento, tiene relevancia este punto debido a que en seguida analizaremos la importancia de la elección de la sede arbitral, y es importante que el lector tenga en cuenta los efectos de dicha elección si el proceso se lleva a cabo en un país latinoamericano, tomando en cuenta el nivel de desarrollo jurídico que existe en la legislación latina, en comparación con el de los países más desarrollados.

Hemos visto ya que como consecuencia de la deslocalización del arbitraje, el proceso del mismo tiene normas propias, independientes de las normas procedimentales domésticas del país en el cual se está llevando a cabo. Desde este punto de vista, hemos concluido que no hace ninguna diferencia el que el arbitraje internacional se desarrolle en A o B Estado. Sin embargo, esto es parcialmente cierto ya que la elección de la sede arbitral trae consigo algunas consecuencias importantes que valen la pena destacar. Siguiendo a CLAY³¹, las consecuencias de la determinación de la sede del arbitraje son cuatro:

1. Posibilidad de obtener medidas cautelares

La sede arbitral puede ser útil para las partes, tanto antes de la constitución del Tribunal Arbitral como durante la etapa procesal, si ellas desean demandar medidas provisionales o conservatorias. Se sabe que los jueces competentes son quienes tienen la facultad de ordenar estas medidas, y debido a que normalmente ese juez es el del lugar en que se encuentre la sede del arbitraje, conviene a las partes analizar las leyes del Estado en que pretenden llevar a cabo la resolución de sus controversias, y mirar si es posible o no y hasta qué punto podrían acceder a estas medidas en caso de ser necesarias.

2. Determinación del juez de apoyo

Debido a que los árbitros tienen potestades limitadas dentro del contrato arbitral, en ciertos casos se debe recurrir a los jueces ordinarios como apoyo para el proceso. Las leyes locales son las que determinan el apoyo que los jueces pueden dar los árbitros

³¹ T. CLAY. “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?”, en *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*. Colombia: Legis Editores. 2007. pp. 196-198.

y en qué aspectos, y, dependiendo del lugar en el cual se encuentre el tribunal arbitral, la asistencia podrá ser mayor o menor. “Se puede pensar incluso que el juez de apoyo es la principal consecuencia al escoger la sede del arbitraje.”³²

3. Posibilidad de Recurso de anulación

Sabemos de sobra que el recurso de nulidad o anulación depende completamente de la legislación interna de cada uno de los países. La posibilidad o no de anular un laudo arbitral, las condiciones bajo las cuales es posible acudir a este recurso, los requisitos y plazos, se encuentran detallados en los códigos adjetivos de cada país, por lo tanto, las partes deben tomar en cuenta al momento de elegir la sede, qué tan procedente resultaría anular el laudo expedido una vez concluido el proceso arbitral y por lo tanto, qué tan factible es que la decisión se ejecute y con qué eficiencia.

4. Evitar las “*anti-suit injunctions*”

Es cada vez más frecuente que las jurisdicciones estatales intenten interrumpir o evitar los procesos arbitrales por medio de prohibiciones judiciales que interrumpen su desarrollo e incluso en ciertos casos su inicio. Las normas estatales del lugar en el que se encuentra la sede del Tribunal muchas veces dan lugar a conflictos de competencia entre los árbitros internacionales y los jueces ordinarios. Es necesario una reflexión de las partes en este sentido, pues toda la intención de someter sus controversias a un arbitraje internacional podría verse frustrada o impedida por causa de la justicia estatal del lugar de la sede, en cuyo caso la cláusula arbitral deja de tener sentido.

Con estos cuatro puntos básicos, se puede ver que la elección de la sede arbitral tiene una gran relevancia, pues a pesar de que no se tenga que regir a normas locales durante el proceso del arbitraje, éstas pueden incidir paralelamente en varios aspectos del mismo. En este punto es importante destacar las posibles dudas que tendrán los inversionistas extranjeros para aceptar someterse a sedes arbitrales latinoamericanas, con reglas completamente diferentes de las que están acostumbrados a tener, por ejemplo, en los arbitrajes con sedes norte americanas o europeas. Esta es una de las

³² T. Clay. *Op. Cit.* p. 196.

cuestiones más importantes que el Ecuador tiene que tomar en cuenta con las nuevas propuestas en los contratos administrativos en los que se están poniendo sedes en Latinoamérica para los arbitrajes.

1.2 La Inmunidad Soberana del Estado

El punto clave de la prohibición establecida en el Art. 422 es la “cesión de jurisdicción soberana”. Pero, ¿qué es jurisdicción soberana? Una primera interpretación lleva a creer que se utiliza esta expresión como sinónimo del atributo esencial de “inmunidad soberana” del que goza todo Estado. Entonces, es imprescindible la determinación de lo que este concepto significa.

La inmunidad soberana no es solo un derecho de los Estados frente a la sociedad internacional, es un atributo que los caracteriza como entes independientes unos de otros.

La expresión inmunidad, del latín *immunitas*, estuvo referida originalmente a la potestad de los soberanos en la concepción de la monarquía absoluta propia del siglo XVIII. Si el Estado se identificaba con el soberano, esto no estaba sometido a reclamo alguno por parte de sus súbditos y, no era imaginable que fuere juzgado por otro Estado, ante otra jurisdicción y por otras leyes.³³

He aquí un poco del origen de la expresión, que viene desde las épocas de la monarquía. Ello ayuda a vislumbrar la importancia que tiene este concepto, para un Estado y su soberanía, la comprensión del término, pero sobre todo la aplicación y el respeto al mismo. Respecto de lo que es la inmunidad soberana, o inmunidad de jurisdicción, se ha dicho que “los órganos de un Estado no pueden conocer de un litigio en que sean demandados por un particular, un Estado extranjero o alguno de sus órganos [...] los tribunales de un Estado, se dice, carecen de “jurisdicción” para

³³ S. DE CÁRDENAS y H. DE HERBÓN. *Cómo y Cuándo demandar a un Estado Extranjero*. Citado en: M. MONROY CABRA. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000. p. 13.

conocer del asunto.”³⁴ Existen dos teorías acerca de la inmunidad soberana o de jurisdicción.

1.2.1 Teoría de la Inmunidad absoluta

LLANOS MANSILLA expresa lo siguiente en cuanto a la inmunidad soberana:

De acuerdo con la teoría clásica de la inmunidad absoluta un Estado soberano no puede, sin su consentimiento, ser sometido a la jurisdicción de otro Estado soberano [los siguientes son los] argumentos en que basan su defensa los partidarios de la inmunidad absoluta:

1ero: Principio de independencia, igualdad y dignidad de los Estados. Asumir jurisdicción sobre los Estados extranjeros equivale a ejercer *imperium* sobre ellos, desconociendo así normas fundamentales del derecho internacional. De acuerdo con este principio de la independencia, siendo todos los Estados iguales, ninguno puede estar sujeto a la jurisdicción de otro, sin renunciar a un derecho fundamental [...]

2do: La norma de inmunidad es válida y obligatoria en su carácter de regla consuetudinaria del derecho internacional.

3ro: El ejercicio de la jurisdicción, aunque se limite a los actos *jure gestionis*, no pasa de ser un gesto nominal, ya que de acuerdo con la ley vigente no puede “ejecutarse” a un Estado extranjero.

4to: La única alternativa a esta doctrina ha sido la basada en el distingo entre actos *jure gestionis* y *actos jure imperii*, la que en la práctica ha sido imposible de aplicar.³⁵

5to: Que no debe causar preocupación relacionar el problema de la inmunidad de jurisdicción con la actividad del Estado en el campo económico por ser ésta una etapa transitoria de la vida de los Estados.³⁶

De estos argumentos, es más fuerte ha sido el 4to, pues se dice que la distinción entre los actos soberanos y no soberanos es demasiado arbitraria, y por ende, en cualquiera de los dos casos se estaría ejerciendo autoridad sobre el Estado. Ahora, el hecho de que no se deba someter a un Estado a jurisdicción extranjera, no significa que

³⁴ A. CALVO CARAVACA, y J. CARRASCOSA GONZÁLEZ. *Derecho Internacional Privado*. Granada: 2008. p. 69.

³⁵ La doctrina de los actos *jure gestionis* (actos no soberanos) y *jure imperii* (actos soberanos) establece que la inmunidad soberana debe aplicarse únicamente en los casos en los que el Estado haya actuado con su potestad de imperio.

³⁶ H. LLANOS MANSILLA. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público: El Estado como sujeto de Derecho Internacional*. Tomo II, volumen 2. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2006. pp. 551-552.

los extranjeros que se encuentren en dicho estado no puedan hacerlo comparecer a juicio ante sus propios tribunales. Así, se salvaguardan los derechos de los extranjeros.

Respecto del último argumento, la historia y la práctica ha enseñado que no es cierto que la incidencia de la inmunidad jurisdiccional del Estado sea una etapa transitoria, puesto que se ha observado que cada vez más, los Estados están interviniendo en los aspectos comerciales, industriales, y, en general, en la mayoría de los aspectos económicos mundiales.

1.2.2. Teoría de la Inmunidad Restringida

En cuanto a la Inmunidad restringida, el mismo autor afirma que, si sabemos que la inmunidad es un derecho que tiene una persona o el Estado frente a otra autoridad que no puede ejercer su poder, decimos que el concepto de la misma es la falta de poder o autoridad o la necesidad de no ejercerla o de suspenderla en casos específicos. En el ámbito internacional, la inmunidad puede ser de jurisdicción o de ejecución. La inmunidad de jurisdicción significa que un Estado extranjero no puede ser sometido a juicio ni demandado ante tribunales de otros estados, mientras que la inmunidad de ejecución implica que ni al Estado extranjero ni a sus bienes se le pueden aplicar medidas de ejecución, decisiones judiciales o decisiones administrativas por partes de los órganos del Estado territorial.³⁷ Para los fines del análisis constitucional, es necesario centrarse principalmente en la inmunidad jurisdiccional, por cuestiones del texto del Art. 422. Sin embargo, al momento de analizar los métodos de ejecución en el Ecuador de laudos dictados en el extranjero, deberé referirme también a la inmunidad de ejecución.

Esta doctrina moderna acepta la inmunidad del Estado soberano en lo relativo a actos públicos o soberanos *–jura imperii–*, pero no en lo relativo a actos privados o no soberanos: *jura gestionis*. [...] la creciente intervención del Estado en actos de comercio, en que ya no actúa en su calidad política, permitió dar mayor impulso a esta nueva

³⁷ M. DIEZ DE VELAZCO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. España: Editorial Tecnos, Décimo quinta edición, 2005. p. 299

teoría.[...] La función del Estado es ejercer tanto su actividad legislativa como su actividad judicial y administrativa. En tanto ejerce esta triple actividad, realiza actos *jures imperii* en su condición de Estado soberano y no está obligado a comparecer ante tribunales de otros Estados soberanos. Si por el contrario realiza actividades comerciales, ya no estará actuando en su calidad de Estado soberano, sino como un particular cualquiera, como un hombre de negocios, no estando protegido, por consiguiente, por la inmunidad de jurisdicción [...]³⁸

Entonces, la teoría de la inmunidad restringida establece que el Estado estaría protegido de la inmunidad de jurisdicción únicamente cuando ejerce actos *jure imperii*. El autor enumera los principales argumentos para fundamentar esta teoría, los mismos que se pueden resumir de la siguiente manera: a) la teoría de la inmunidad absoluta nació cuando el Estado se dedicaba únicamente a actos políticos y soberanos. Hoy, el Estado se dedica cada vez más al comercio y la industria. Este cambio de énfasis en su actividad requiere también un cambio de doctrina que se ajuste a la nueva realidad; b) Siendo la inmunidad un atributo de la soberanía del Estado, no tiene porqué protegerle cuando el mismo participa en actos como un particular cualquiera, pues ello implica que renuncia a sus facultades soberanas y por tanto no debe dársele los privilegios que le ampara cuando las actúa en virtud de las mismas; c) Si el Estado tiene el derecho de entablar una demanda ante tribunales extranjeros, no existe razón para afirmar que no pueda ser demandado en ellos. Esta distinción es injusta; d) Si la inmunidad diplomática que beneficia a los embajadores y a su comitiva, no aplica cuando éstos realizan actos comerciales por su propia cuenta, no hay justificación para que no se le dé igual tratamiento al Estado al cual pertenece dicha comitiva cuando realiza también actividades comerciales.

Para la distinción de los actos *jure imperii* y *jure gestionis*, se han propuesto dos teorías: una que atiende al objetivo de los actos, es decir, que si el acto está destinado para el ejercicio de alguna de las facultades soberanas, entonces se trataría de un acto gubernamental. La otra teoría dice que debe considerarse la naturaleza misma del acto,

³⁸ M. Díez De Velazco. *Op. Cit.* pp. 572-573

de manera que si se trata de un acto que puede hacer también un particular, entonces no le cubriría la inmunidad soberana.

Respecto de las dos teorías, es muy complejo distinguir el tipo de actos para aplicar la teoría de la inmunidad restringida, sobre todo en actos comerciales en los que se delegan actividades estatales, como lo son todas las prestaciones de servicios públicos. ¿Qué carácter se le daría a este tipo de actos, cuando por un lado el Estado tiene prerrogativas especiales en cuanto a la contratación, ejecución y terminación de este tipo de negocios, pero por otro se trata precisamente de contratos comerciales que se rigen por normas de comercio internacional? Para este caso específico, el Ecuador tiene una Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública³⁹, pero ella solamente establece requisitos formales para los contratos entre el Estado y los particulares, mas no establece normas sustantivas para el aspecto mercantil de los mismos.⁴⁰ Es mi opinión personal que, tomando en cuenta el texto y la intencionalidad de la norma constitucional materia de este análisis, sea cual sea la naturaleza del acto del Estado, ello resulta irrelevante para la cuestión del sometimiento de las controversias, en las que el Estado ecuatoriano sea parte, a juzgados extranjeros. Me inclino más a pensar que, en materia de arbitraje internacional, debe aplicarse la teoría de la renuncia a la inmunidad absoluta: si la Administración Pública accede a someterse a un Tribunal Arbitral, el hecho de haber actuado o no bajo las potestades soberanas en la contratación comercial viene a ser verdaderamente irrelevante, más aún cuando hablamos de tratados internacionales, en los que soberanamente se compromete con otros estados de forma expresa a renunciar a dicha inmunidad.

1.2.3. La Jurisdicción Soberana

³⁹ Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 396 del 4 de Agosto de 2008.

⁴⁰ Es importante recordar en este punto, la diferencia entre Contratos de la Administración, respecto de los cuales no habría ninguna duda de que vienen a ser actos de *iure gestionis* pues en ellos el Estado actúa sin el revestimiento de la potestad soberana, y los Contratos Administrativos, dentro de los cuales sí hay un ejercicio de soberanía, pero no es absoluto. Es en el último caso en el que surge la interrogante.

Se dijo anteriormente que una primera interpretación llevaría a pensar que la Constitución utiliza la expresión “jurisdicción soberana” como sinónimo de “inmunidad soberana”. Sin embargo, una interpretación literal del artículo es necesaria, dado que se sobreentiende que el mismo ha sido redactado por una **comisión técnica**, es decir, que conoce perfectamente el sentido jurídico de todo cuando expresa.

El Art. 422 de la Constitución establece que “no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional [...]” En este sentido, cabe hacer algunas precisiones. De acuerdo con ANDRADE CADENA⁴¹, no se ha encontrado en la Constitución un concepto de lo que es “jurisdicción soberana”; únicamente tenemos la definición de la legislación adjetiva civil que define la jurisdicción,⁴² la cual se presume siempre ser soberana por el mero hecho de estar monopolizada por el Estado. Partiendo del informe de la Asamblea Constituyente, sobre el cual se hablará más adelante en este trabajo, parece que el objetivo de la norma es evitar que tribunales arbitrales avoquen conocimiento de casos que, a su parecer, les corresponderían a los tribunales nacionales. Sin embargo, no se puede hablar propiamente de una “cesión” de jurisdicción puesto que, como se explicó en el punto 1.1.1, se reconoce al arbitraje como una jurisdicción convencional donde los árbitros son incluso considerados jueces. Por tanto, el momento en que el Ecuador accede, por medio de una cláusula arbitral o un tratado internacional, a someter sus controversias a un Tribunal Arbitral, no está “cediendo jurisdicción” sino accediendo a un tipo de ésta. “Tenemos la impresión de que la norma parte de una concepción equivocada de la jurisdicción, que asumiría que las cortes ordinarias son el foro natural y exclusivo para conocer disputas internacionales. Esto no es correcto. De hecho, desde un punto de vista más pragmático que teórico, las disputas comerciales internacionales son sometidas a cortes

⁴¹ X. ANDRADE. *Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución ecuatoriana*. pp. 360-362.

⁴² Ver Nota al pie no. 17 de la sección 1.1.1. literal c.

ordinarias en un reducido porcentaje y casi por excepción.”⁴³ Entonces, el Estado no puede ceder una jurisdicción de la cual no tiene el monopolio ni la exclusividad.

1.3. La Dialéctica del Consentimiento Arbitral

Queda claro que la Constitución prohíbe la **celebración de nuevos tratados** en los que el Estado acceda a ceder jurisdicción soberana. Sin embargo, ¿qué pasa con los tratados que se encuentran ya ratificados y forman parte de la legislación interna ecuatoriana? Especial atención merecen los tratados bilaterales de inversión ratificados por el Ecuador con otros países⁴⁴, en los que se proponen varias opciones de solución de controversias, incluyendo y especialmente distintas formas de Arbitraje Internacional. De la misma manera, existen Contratos Administrativos vigentes con cláusulas arbitrales internacionales, respecto de los cuales se ha generado mucha incertidumbre jurídica para las empresas extranjeras luego de la aprobación de la Constitución en el año 2008.⁴⁵

La cuestión no es tan simple de resolver alegando el principio internacional de que no se puede alegar legislación interna para dejar de cumplir con obligaciones internacionales, puesto que existe un gran debate acerca del consentimiento arbitral del Estado. En este sentido hay dos corrientes, y cada una muy fuerte: la primera teoría dice que en un TBI el estado ha dado una “oferta de arbitraje” el consentimiento se perfecciona cuando el inversionista opta por una de las opciones. La segunda teoría

⁴³ X. ANDRADE CADENA. *Op. Cit.* p. 362.

⁴⁴ Es importante destacar que, siguiendo la nueva política de relaciones internacionales, el Presidente de la República ha solicitado la aprobación legislativa para denunciar muchos de los Tratados Bilaterales de Inversión que mantiene. Independientemente de cuántos tratados queden vigentes, el tema sigue teniendo mucha relevancia.

⁴⁵ Es de recalcar en este punto, que muchos de esos Contratos Administrativos establecían como único método de resolución de controversias el foro en el Centro Internacional para Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones. El Ecuador denunció el Convenio del CIADI y los 6 meses del periodo de supervivencia desde su renuncia vencieron en Diciembre de 2009, lo que quiere decir, que quienes no demandaron al Estado dentro de ese lapso de tiempo, no tienen aparentemente ya opción de hacerlo actualmente ni en caso de que en un futuro surja una controversia.

dice que el Estado ya dio su consentimiento para todas las opciones al momento de ratificar el tratado y no puede luego retirarlo unilateralmente.

SILVA ROMERO hace un análisis sobre el consentimiento en materia de arbitraje comercial. Así expresa que:

La existencia del consentimiento con relación al pacto arbitral se rige, según nuestro juicio, por las reglas generales de la teoría general del contrato. La doctrina del arbitraje comercial internacional, sin embargo, acostumbra hacer algunos comentarios específicos en cuanto a la formación del consentimiento, su precisión, su alcance y sus límites. En primer lugar, la formación del consentimiento con relación al pacto arbitral sigue, en principio, las conocidas reglas de la oferta y la aceptación. [...] Cuando se trata el tema del consentimiento relacionado con el pacto arbitral, la doctrina del arbitraje comercial internacional se hace la pregunta de cuál es el alcance del pacto arbitral [...] la expresión “alcance” puede tener dos significados: alcance *rationae materiae* del pacto arbitral y alcance *rationae personae* del mismo.⁴⁶

Respecto de la *rationae materiae* han surgido dos problemas: primero, el hecho de que si las controversias de naturaleza extracontractual pueden ser sometidas al arbitraje, y, segundo, el hecho de que en muchos casos las relaciones comerciales provienen de la celebración de varios contratos relacionados para obtener un mismo fin. Entonces, se cuestiona si cabe un solo arbitraje con todos los contratos o se debe hacer un proceso para cada contrato. En cuanto a la *rationae personae*, se refiere a que las partes obligadas son las partes que han firmado el contrato. En este sentido, se ha preguntado si cabe que una parte que no ha firmado el contrato arbitral puede someterse a arbitraje.

Cabe recalcar que nuestra legislación es muy básica en cuanto a la especificidad del consentimiento arbitral ya que se limita a exigir, para la existencia y validez del mismo, la mera mención del acuerdo a someter eventuales diferencias a la decisión de un tribunal arbitral pero no se pide que se especifica qué se entenderá por consentimiento ni cuándo éste se perfecciona. Los requisitos para que proceda un juicio arbitral entre el Estado y un particular se encuentran en la Ley de Arbitraje y Mediación⁴⁷ y en la Ley

⁴⁶ E. SILVA ROMERO. “El Arbitraje Examinado a la Luz del Derecho de las Obligaciones”. En *El Contrato Arbitral*. 2005. pp. XV - XXXIV.

⁴⁷ **Art. 4.-** Podrán someterse al arbitraje regulado en esta Ley las personas naturales o jurídicas que tengan capacidad para transigir, cumpliendo con los requisitos que establece la misma.

Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁴⁸. NEIRA ORELLANA afirma que básicamente existen requisitos de carácter formal y de carácter material:

Entre los requisitos materiales están la transigibilidad del derecho discutido en juicio, la naturaleza contractual de la controversia y la resolución fundada en derecho. Entre los requisitos formales están los que mandan que la cláusula de compromiso arbitral sea anterior a la controversia, que se señale la forma en que se designarán a los árbitro y que esté suscrita por la persona autorizada para contratar a nombre de la entidad pública.[...] La exigencia de un “acuerdo escrito”⁴⁹ excluye la aplicación del silencio administrativo en que por falta de respuesta de la Administración, la petición de un particular de someter un determinado conflicto al juicio de árbitros comporte un acuerdo tácito de sujeción al juicio arbitral.⁵⁰

Como se observa, la legislación ecuatoriana se limita únicamente a exponer los requisitos formales y materiales que se requieren para la validez del convenio o la cláusula arbitral. El autor en su análisis toca un punto importante alrededor de la

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje, además de cumplir con los requisitos que establece esta Ley, tendrán que cumplir los siguientes requisitos adicionales:

- a) Pactar un convenio arbitral, con anterioridad al surgimiento de la controversia; en caso de que se quisiera firmar el convenio una vez surgida la controversia, deberá consultarse al Procurador General del Estado, dictamen que será de obligatorio cumplimiento;
- b) La relación jurídica a la cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual;
- c) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y,
- d) El convenio arbitral, por medio del cual la institución del sector público renuncia a la jurisdicción ordinaria, deberá ser firmado por la persona autorizada para contratar a nombre de dicha institución.

El incumplimiento de los requisitos señalados acarreará la nulidad del convenio arbitral.

⁴⁸ **Art. 11.-** Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.

Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán además la autorización de la Procuraduría General del Estado.

⁴⁹ **Art. 5 LAM:** El convenio arbitral es el acuerdo escrito en virtud del cual las partes deciden someter a arbitraje todas las controversias o ciertas controversias que hayan surgido o puedan surgir entre ellas respecto de una determinada relación jurídica, contractual o no contractual.

El convenio arbitral deberá constar por escrito y, si se refiere a un negocio jurídico al que no se incorpore el convenio en su texto, deberá constar en un documento que exprese el nombre de las partes y la determinación inequívoca del negocio jurídico a que se refiere. En los demás casos, es decir, de convenios arbitrales sobre las indemnizaciones civiles por delitos o cuasidelitos, el convenio arbitral deberá referirse a los hechos sobre los que versará el arbitraje.

⁵⁰ E. NEIRA ORELLANA. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. En *Iuris Dictio*. Ecuador: 2007, año VII, No.11, pp. 62-69.

exigencia de que el convenio sea por escrito, concluyendo que, en lo que se refiere al consentimiento, cuando se trata de un pacto arbitral con el Estado, no cabe consentimiento tácito alguno al no poderse aplicar el silencio administrativo positivo ante la petición del particular de someter una controversia a arbitraje. En este sentido, cabe destacar el Oficio Circular No.09258 del 2009 dirigida a todas las instituciones del Art. 1 de la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública (que enumera básicamente a todas las entidades de la Administración Pública y a las empresas públicas y semipúblicas), en la que se dice:

La Constitución de la República demanda el pronunciamiento del Procurador General del Estado previa suscripción del convenio arbitral, por lo que es criterio de esta Procuraduría General que aquellas instituciones o empresas regidas por la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, deben solicitar este pronunciamiento previa la suscripción de cualquier convenio arbitral, sea para controversias existentes o que puedan surgir en el futuro.⁵¹

Así, se ha interpretado la Constitución de manera que todo convenio arbitral en el que el Estado pueda verse involucrado, debe contar con el pronunciamiento favorable del Procurador General. Y en efecto, así se lo está haciendo en la práctica, lo que está resultando perjudicial para el arbitraje, puesto que los inversionistas extranjeros dan prioridad a la rápida celebración de los contratos que a la espera del lento proceso que el pronunciamiento del Procurador implica.

Concluimos entonces que de ningún a manera se aceptaría el consentimiento tácito para los casos en los que el Estado se someta a arbitraje, puesto que en todo convenio se requiere hoy en día, el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado. Incluso, en un oficio circular posterior al transcrito arriba, se estableció un plazo de tres meses a partir de la emisión de la circular para que las entidades soliciten la autorización del Procurador, y “de no solicitarse [...] en el plazo previsto, y siendo dicha autorización un requisito esencial para la validez del convenio arbitral, tales

⁵¹ Oficio Circular No. 10623 del 27 de Noviembre de 2009 emitido por la Procuraduría General del Estado, firmado por el Procurador General Dr. Diego García Carrión.

convenios estarán sujetos a las consecuencias legales que esta omisión acarrea”⁵², es decir, que los convenios serán nulos.

En la práctica, la cuestión del consentimiento es fundamental para la determinación de la competencia del Tribunal Arbitral para conocer determinada disputa. Esto es cierto tanto para el Arbitraje Comercial Internacional como para el Arbitraje de Inversiones y no solo para los casos en los que Estado está involucrado sino para todos los casos.

En Derecho Internacional la cuestión de la incompetencia de jurisdicción estatal parece vinculada al hecho del reconocimiento de principio de la validez del convenio arbitral y por ende su de eficacia extra fronteras. Se configura, pues, como un elemento de la cooperación entre ordenamientos para asegurar la eficacia procesal del arbitraje, evitando el inherente conflicto de jurisdicciones.⁵³

Muchas veces el problema para establecer la competencia de un tribunal arbitral, en la práctica, no está en la existencia o no de un convenio arbitral, puesto que ello puede ser clarificado fácilmente con el texto del contrato, tratado de inversión o incluso con documentos intercambiados entre el particular y el Estado. El problema que se genera en la práctica es el hecho de establecer la forma de perfeccionarse el consentimiento.

CRAIG, PARK Y PAULSSON, grandes autoridades en materia de arbitraje internacional, realizaron un análisis de las reglas sobre arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional de 1998, en la que concluyen que dichas normas, no hacen ninguna mención expresa concerniente a la arbitrabilidad de las disputas. Anotan que la determinación de la misma debe ser realizada por el Tribunal Arbitral como parte de sus facultades para determinar su propia jurisdicción, en el caso de cualquier alegación de las partes acerca de la existencia, validez o alcance del convenio arbitral y que para determinar el caso *prima facie* debe buscar únicamente la existencia de un convenio arbitral no investigar la arbitrabilidad de la disputa.⁵⁴ Así los autores, refiriéndose al

⁵² Oficio Circular No. 10623 del 27 de Noviembre de 2009 citado arriba.

⁵³ J. M. CHILLÓN MEDINA y J. F. MERINO MERCHÁN. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas, 1991. p. 710

⁵⁴ “The ICC Rules do not contain any express provision concerning the “arbitrability” of disputes. This determination is to be made by the Arbitral Tribunal as part of its mission to take a decision as to

Art. 6 (2) de las Reglas de Arbitraje de la CCI, dicen que en el mismo se ratifica la facultad del Tribunal Arbitral para determinar su propia jurisdicción, es este caso, en cuanto a posibles alegaciones de inexistencia, nulidad o alcance del acuerdo arbitral, es decir, del consentimiento a someterse a arbitraje. Parte de la dialéctica del consentimiento es precisamente los argumentos que proponen los Estados, de que el Tribunal no es competente para conocer el caso porque dicho consentimiento no ha sido otorgado, o se objeta la jurisdicción del Tribunal por cuestiones de arbitrabilidad. A este respecto se dice que en caso de presentarse dichos alegatos, el Tribunal debe determinar si es competente o no para conocer el caso, únicamente basándose en la existencia *prima facie* de un acuerdo arbitral, más no determinar si dicho acuerdo es válido o no y menos aún si la materia es arbitrable.

Aquí es donde se entra en el campo de las dos teorías sobre el consentimiento: a) Teoría de la oferta-aceptación, en la que se dice que el Estado hace una oferta de someter las controversias a un juicio arbitral y el particular acepta dicha oferta. En este caso, la forma de aceptar la oferta será notificando a la Administración su intención de iniciar una demanda arbitral. Solo entonces el consentimiento estará perfeccionado, mientras tanto, el Estado no se encuentra obligado a someterse a arbitraje e incluso podría iniciar una demanda en las cortes locales; y, b) la teoría de la aceptación inmediata, que establece que desde el momento en que se anuncia la jurisdicción arbitral, el consentimiento se encuentra perfecto. En el caso de los Tratados de Inversión en que se proponen varios métodos de solución de controversias, se dice que la elección queda completamente a criterio del particular, pero que el Estado se encuentra obligado por cualquiera y todas ellas.

En referencia al arbitraje de inversiones, DOLZER y SCHREURER distinguen tres formas de otorgar consentimiento. La primera es mediante una cláusula de

its jurisdiction, in the face of any plea concerning the “existence, validity or scope of the arbitration agreement”. The Court, in pursuit of its *prima facie* determination mission, will only look for the existence of an arbitration agreement and not investigate the arbitrability of the dispute.” W. L. Craig, W.W. y J. Paulsson. *Craig, Park & Paulsson’s Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary*. USA: Oceana Publications, 1998. p. 60.

consentimiento que puede incluirse en un acuerdo directo entre las partes. Las cláusulas de resolución de controversias que prevén arbitraje entre inversionistas y Estados son comunes en los contratos entre el Estado e inversionistas extranjeros. Una segunda técnica para acceder a someterse a arbitraje es a través de una disposición en la legislación nacional del estado receptor, generalmente en su código de inversiones. Una disposición de esta naturaleza, hace una oferta de arbitraje a los inversionistas extranjeros en términos generales. Muchos países importadores de capital han adoptado este tipo de disposiciones. Los juristas afirman que debido a que el consentimiento arbitral se basa siempre en el acuerdo entre las partes, la mera existencia de esas disposiciones en la legislación interna no será suficiente; pero, que el inversionista puede aceptar la oferta por escrito en cualquier momento mientras la legislación se encuentre vigente o simplemente aceptarla por medio de la interposición del recurso arbitral. Finalmente, dicen que el tercer método es a través de un tratado entre el Estado receptor y el Estado a cuya nacionalidad pertenece el inversionista.

La mayoría de Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) contienen cláusulas en las que se ofrece a los nacionales de uno de los estados parte, arbitrar en contra del otro estado parte del tratado. El mismo método se emplea en numerosos tratados regionales multilaterales como el Tratado de Libre Comercio de América del Norte y la Carta de Energía. Las ofertas de consentimiento contenidos en los tratados deben también perfeccionarse a través de la aceptación por parte del inversor.⁵⁵

Notamos claramente que estos dos autores se inclinan por la idea de que la única forma de consentimiento perfecto o inmediato es la contractual, mientras que en las otras dos consisten en una mera oferta de consentimiento de parte del Estado, que se perfecciona con algún tipo de acción de parte del inversionista o el particular. Sin embargo, es importante recalcar que hay otros doctrinarios que sostienen que cualquiera de las tres formas es ya un consentimiento perfecto.

⁵⁵ R. DOLZER y C. SCHREURER. *Principles of International Investment Law*. USA: Oxford University Press, 2008. pp. 238-239.

VAN HARTEN también se refiere al consentimiento tanto en materia comercial como de inversiones. Afirma que el arbitraje comercial se origina en el consentimiento de las partes privadas actuando dentro de sus capacidad privada y que este consentimiento puede darse tanto antes como después del surgimiento de la controversia; cuando se da el consentimiento después del surgimiento de la controversia, el mismo es específico para una disputa en particular, mientras que si se lo ha dado por adelantado, es específico para la relación entre las partes. En cualquier caso, el consentimiento tiene un límite, sea en la disputa particular o en la relación entre las partes. Alega que el grado de especificidad de dicho consentimiento afecta la amplitud de jurisdicción de un Tribunal Arbitral y de la disputa particular en las cortes. En principio, dice, el arbitraje que es autorizado por un convenio arbitral basado en un consentimiento específico, no puede ir más allá de la relación privada entre las partes litigantes, pero que ello no significa que un Estado no puede consentir específicamente a un arbitraje privado. Al contrario, un Estado puede acceder a un arbitraje privado como cualquier otro particular cuando actúa dentro de su capacidad privada.

Por otro lado, el autor afirma que bajo los Tratados de Inversión, los Estados aceptan generalmente a un arbitraje obligatorio en disputas con inversionistas extranjeros como grupo. La opción de arbitrar está entonces abierta hacia cualquier persona, natural o jurídica, que cumpla con los requisitos para iniciar una demanda. Esto incorpora en el sistema, una amplia clase de potenciales demandantes cuyas identidades son desconocidas para el Estado al momento en que otorga su consentimiento y una amplia gama de potenciales conflictos que surjan de la autoridad soberana que afecte al patrimonio de un inversionista extranjero.⁵⁶ Con esto, se percibe que el autor está tomando la posición de que el consentimiento del Estado se da ya en el momento de la firma del tratado bilateral de inversión y que por lo tanto el arbitraje es obligatorio, independientemente de si hay o no un convenio posterior.

⁵⁶ G. VAN HARTEN. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Gran Bretaña: Oxford University Press. 2007. p. 62-63.

Ahora, hay casos en los que un inversionista extranjero hace un reclamo en virtud de un contrato celebrado con un Estado dentro de los tribunales de justicia del mismo, y después inicia una demanda arbitral en basándose en un Tratado Bilateral de Inversiones. BLACKABY escribió:

[...E]n relación con la cuestión de si debe considerarse que el inversionista ha renunciado a su derecho de acudir al arbitraje previsto en los tratados de inversión, por el simple acuerdo contractual con el Estado receptor sobre una cláusula de resolución de diferendos que prevé el recurso a los procedimientos locales. Los tribunales han sostenido generalmente que, siempre y cuando las pretensiones en el arbitraje se originen en el tratado, las mismas no están sujetas a la jurisdicción de los tribunales locales como se prevé en el contrato.⁵⁷

Este es uno de los temas más controvertidos cuando se trata de objetar la jurisdicción de un Tribunal Arbitral, puesto que casi siempre, el Estado receptor tratará de alegar la “cláusula de elección de vías” (fork in the road) para objetar la jurisdicción de los árbitros internacionales, alegando que la otra parte ya ha recurrido a cortes locales para resolver las controversias lo cual significa que no puede acceder al arbitraje. Sin embargo, hay que recalcar que varios Tribunales han declarado que “para que exista una elección de vía de acuerdo a los términos de un TBI, es necesario que las partes y la causa de acción sean las mismas.”⁵⁸

Un tema recurrente en los argumentos presentados ante los Tribunales es si la interpretación del consentimiento debe ser de carácter restrictivo o de carácter extensivo [...] Los Estados demandados han insistido en una interpretación de carácter restrictivo, sobre la base de que este consentimiento implica una derogación de la soberanía del Estado. Por otro lado, el inversionista ha intentado invocar una forma de interpretación diametralmente opuesta bajo el principio de “interpretación efectiva”.⁵⁹

El tema del consentimiento arbitral, su interpretación y alcance, es trascendental para la determinación de la eficacia del convenio, más allá de si se lo considera como un requisito procedimental o un requisito de jurisdicción. Ecuador mantiene vigentes

⁵⁷ N. BLACKABY. “El Arbitraje según los Tratados de Inversión y los Capítulos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio”. En *El Contrato de Arbitraje*. 2005. p. 296.

⁵⁸ A. GALINDO. “El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones”. En *Iuris Dictio*. 2007, año VII, No.11. p. 42-47.

⁵⁹ *Ibidem*, pp. 43.

algunos Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y algunos Contratos Administrativos en los que se establecen como método de resolución de controversias al Arbitraje Internacional, sobre todo en el CIADI. Se ha dicho también Ecuador ya no forma parte de la Convención del CIADI y que por tanto, la posibilidad de demandar ante este foro ha quedado fuera del alcance de los inversionistas aparentemente. Sin embargo, el tema no es tan sencillo de resolver como parece, puesto que una interpretación de carácter extensivo, bajo la teoría de la aceptación inmediata, abre la posibilidad de entablar una demanda ante el CIADI bajo argumentando que el consentimiento no puede ser retirado unilateralmente por una de las partes una vez otorgado.

Como se verá más adelante en este trabajo, el Presidente ha solicitado la denuncia de muchos Tratados Bilaterales de Inversión que el Ecuador mantiene con algunos países. En el caso de que efectivamente se denuncien, es necesario hacer una reflexión sobre la mencionada teoría de la aceptación inmediata y sobre el principio de temporalidad de la ley. ¿Es lícito que los extranjeros cuyas inversiones estuvieron protegidas bajo el régimen del TBI sean privados de la posibilidad de someter eventuales controversias a un Arbitraje CIADI en base a una disposición que se emitió posteriormente? ¿Sería factible que un inversionista proponga como sede del arbitraje *ad-hoc* o UNCITRAL propuesto como alternativa al foro CIADI a un país latinoamericano?

CAPÍTULO II

EXCEPCIONES A LA PROHIBICIÓN CONSTITUCIONAL

En el capítulo primero se explicaron los conceptos básicos para comprender la prohibición establecida en el inciso primero del artículo 422 de la Constitución. Recordemos que la misma veta la posibilidad de que el Estado suscriba tratados o convenios internacionales en los que se ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional. Ahora, es necesario analizar las excepciones planteadas en la segunda parte de la norma y descubrir el alcance de las mismas para su aplicación práctica. Recordemos entonces los incisos segundo y tercero del artículo 422 de nuestra Carta Política:

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

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.⁶⁰

⁶⁰ Constitución de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 449 del 20 de Octubre del 2008.

Comenzaremos por analizar el inciso segundo del artículo 422 que plantea las excepciones a la prohibición del inciso primero, es decir, que permite la firma de algunos tratados internacionales, y observar si la mencionada excepción confirma la regla general de no renunciar a la jurisdicción soberana.

2.1. Arbitraje entre Estados y Ciudadanos en Latinoamérica

La primera parte del inciso segundo dice: “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica”. Es pertinente hacer algunas precisiones para conocer el alcance de las excepciones propuestas, profundizando en la literalidad y redacción de la disposición.

2.1.1. Alcance de la palabra ciudadano en la norma

En primer lugar, hay que establecer lo que significa “ciudadano” en el contexto normativo, para poder determinar certeramente los posibles sujetos procesales en un eventual arbitraje. Queda claro que una de las partes será el Estado ecuatoriano, pero, ¿quiénes son los ciudadanos en Latinoamérica? Para responder a esta pregunta podemos remitirnos: a) únicamente a la legislación ecuatoriana; b) a la legislación de cada país dependiendo de la nacionalidad de la persona con quien se pueda presentar una controversia; o, c) a la legislación internacional. Aparentemente, la norma hace un reenvío a las distintas legislaciones para la definición de lo que debe entenderse por ciudadano, pues resultaría sin sentido que se refiera únicamente al concepto nacional de ciudadano de la legislación ecuatoriana. En ese caso, todos los extranjeros no naturalizados estarían excluidos de la posibilidad de someter sus controversias con el Estado a arbitraje internacional, y sabemos que éste no es el espíritu de la norma. Existe una tercera posibilidad de interpretación del alcance de la palabra “ciudadano” que es

remitirse al concepto internacional de ciudadano. Pero veremos que la propia Constitución asume un concepto bastante globalizado de lo que es un ciudadano. El Art. 6 de la Constitución ecuatoriana define:

Todas las ecuatorianas y los ecuatorianos son ciudadanos y gozarán de los derechos establecidos en la Constitución.

La nacionalidad ecuatoriana es el vínculo jurídico político de las personas con el Estado, sin perjuicio de su pertenencia a alguna de las nacionalidades indígenas que coexisten en el Ecuador plurinacional.

La nacionalidad ecuatoriana se obtendrá por nacimiento o por naturalización y no se perderá por el matrimonio o su disolución, ni por la adquisición de otra nacionalidad.

Como se observa, hay un doble concepto de lo que es la nacionalidad en Ecuador, uno siendo el vínculo jurídico político entre el Estado y las personas, y otro nexo histórico de los pueblos ancestrales. Sin embargo, ambos tipos de nacionalidades son consideradas ecuatorianas, y la Constitución establece que todos los hombres y mujeres nacionales del Ecuador son ciudadanos.

Clásicamente, la noción de ciudadanía ha sido relacionada con el goce de los derechos y obligaciones políticos, mientras que la nacionalidad ha sido tomada como el vínculo de una persona con un Estado.⁶¹ Sin embargo, en el Ecuador, se reemplaza el término “nacionalidad” por el de “ciudadano” porque se ha querido superar la noción clásica de “ciudadanía” que era excluyente.⁶² Aquí, la ciudadanía tiene un doble significado; el primero como nexo jurídico con el Estado, y el segundo como capacidad de goce de los derechos políticos. En efecto, la primera disposición transitoria de la Constitución de 1998 estableció que: “Cuando las leyes o convenciones internacionales vigentes se refieran a “nacionalidad”, se leerá “ciudadanía”, y cuando las leyes se

⁶¹ Ciudadanía: “Cualidad de un ciudadano de un Estado: vínculo político (y, por tanto, jurídico) que une a un individuo (nunca a una persona jurídica) con la organización estatal.” Ciudadano: “quien disfruta de los derechos de ciudadanía.” G. CABANELLAS DE TORRES. *Diccionario Jurídico Elemental*. Argentina: Editorial Heliasta, decimoséptima edición, 2005. p. 68.

⁶² Recordemos, por ejemplo, que en Roma, eran ciudadanos únicamente los hombres nacidos dentro del territorio del imperio, o que anteriormente, solo los hombres gozaban de derechos políticos tales como el voto, la posibilidad de ejercer cargos públicos, entre otros. En la actualidad existe una tendencia a la creación de una “ciudadanía global”, donde todas las personas, por el hecho de serlo, puedan ejercer ciertos derechos sin importar de a qué parte del mundo pertenezcan.

refieran a "derechos de ciudadanía", se leerá "derechos políticos".⁶³ Evidentemente, la actual Constitución no ha hecho más que seguir la misma línea de pensamiento en este sentido, por lo que el texto del artículo 422 equipara los conceptos de nacionalidad y ciudadanía para efectos internacionales.

Es pertinente analizar además, si dicha palabra significa que la excepción no incluye a personas jurídicas sino solo a las personas naturales. Si la respuesta a esta interrogante fuese positiva, los efectos de su exclusión podrían ser dos: a) la excepción se refiere exclusivamente a tratados de protección de inversiones, puesto que ésta es la única materia que le da *ius standii* a los inversionistas como personas naturales. En este caso, ellos tendrían que comparecer por sus propios derechos y no lo podrían hacer a nombre de las compañías; b) se cierran totalmente las puertas al arbitraje entre el Estado y empresas particulares, lo cual resultaría terriblemente perjudicial para la inversión extranjera en nuestro país.

La experiencia práctica nos indica que la excepción no ha sido, hasta el momento, interpretada en ninguno de los dos sentidos propuestos. En efecto, se sabe que en algunas negociaciones del Ecuador con empresas extranjeras en el área de hidrocarburos y telefonía, el Estado propone que las disputas contractuales se resuelvan mediante arbitraje con sede en Chile. Cabe recalcar en este punto, la importancia de la elección de la sede arbitral de la que se habló en el capítulo uno del presente trabajo. El efecto práctico de este tipo de acuerdos será el hecho de que para impugnar, de ser necesario, los laudos expedidos como resultado de esos procesos arbitrales, el Estado ecuatoriano tendrá que someterse a la jurisdicción ordinaria chilena y a su legislación procesal, con todas sus virtudes y defectos, como si fuese un particular chileno más. ¿No es esto precisamente una renuncia a la inmunidad soberana (o cesión de jurisdicción soberana) que tanto se trataba de evitar en el inciso primero?

⁶³ Primera Disposición Transitoria de la Constitución Política de la República del Ecuador, publicada en el Registro Oficial No. 1 del 11 de Agosto de 1998.

El anterior análisis nos lleva a concluir que lo más probable es que el legislador esté utilizando el término “ciudadano” en el artículo, como sinónimo de “persona privada”, concepto que incluiría a las personas morales.

2.1.2. Qué significa que sea “en Latinoamérica”

De nuevo, he aquí el texto del inciso segundo del artículo 422:

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.

La insistencia en transcribir el texto no es en vano. Obsérvese que la primera frase es bastante larga y confusa, no tiene comas ni ningún otro signo de puntuación y este es un problema que nos lleva más allá de un mero análisis de sintaxis. Debido a la deficiente redacción del discurso, es difícil determinar exactamente los elementos que componen la excepción. Dividiremos entonces, por cuestiones didácticas, a la frase en dos partes; una que incluya los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales, y otra que incluya a los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

Respecto de la primera parte se plantea que hay diferentes posibles interpretaciones en virtud de la literalidad del artículo: a) que se trate de disputas entre ciudadanos provenientes de Latinoamérica; b) que se refiera a disputas que se originen en el territorio de un país latinoamericano; c) que se trate de arbitraje con sede en un país latinoamericano; y, d) que se refiera a instancias arbitrales establecidas en un tratado

internacional entre países de Latinoamérica.⁶⁴ La práctica y el conocimiento de la ideología política subyacente en la norma, llevan a concluir que las dos últimas son las interpretaciones más adecuadas.⁶⁵

Como se ha mencionado anteriormente, tenemos conocimiento de que el Estado ecuatoriano ha negociado ya y firmado algunos contratos administrativos con empresas particulares en las que existe una cláusula de solución de controversias. Se trata de una cláusula bastante compleja, que prevé soluciones dependiendo de las distintas potenciales situaciones. Como lo expuso ROBALINO⁶⁶, esta nueva cláusula combina métodos de solución de conflictos que van desde negociación hasta sometimiento a la justicia ordinaria ecuatoriana. Tiene entonces: a) negociación directa y obligatoria; b) una consultoría; c) arbitraje dual bajo las reglas de la CNUDMI en Quito para cuantías hasta de diez millones de dólares; d) A partir de los diez millones arbitraje internacional con sede en Santiago de Chile; e) Sometimiento d los tribunales de justicia ordinaria para temas de caducidad en asuntos fiscales.⁶⁷ Un contrato petrolero que contiene la cláusula modelo propuesta por el gobierno ecuatoriano reza lo siguiente:

33.4. Arbitraje.- En todos los conflictos relacionados con la aplicación, interpretación, ejecución, incumplimiento, así como los efectos de una terminación anticipada del contrato o cualquier violación de la Ley Aplicable u otra circunstancia relacionada con este Contrato Modificatorio, que no hayan sido solucionadas por negociaciones directas según la cláusula 33.1, o en virtud de la mediación según la cláusula 33.2, o que no hayan sido sometidas a dictamen de un Consultor según la

⁶⁴ X. ANDRADE. “Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana”. En: *Op. Cit.* Pg. 364. En el mismo sentido, J. M. MARCHÁN. “El Tratamiento del Arbitraje en la nueva Constitución Ecuatoriana”. En: *Op. Cit.* p. 89.

⁶⁵ Acerca de la ideología política subyacente en la norma se hablará en el siguiente capítulo, cuando se analice el alcance de la prohibición derivado de la redacción.

⁶⁶ J. ROBALINO. *Visión del inversionista ante la propuesta gubernamental en materia de resolución de disputas*. V Conferencia de Arbitraje Internacional (exposición). Quito: 17 de febrero del 2010. Presentación en manos de la autora.

⁶⁷ Haciendo referencia a este punto de la cláusula, el Procurador General del Estado, Dr. Diego García Carrión, expresó que se decidió recurrir a la justicia ordinaria en cuestiones de caducidad y ya no arbitraje internacional teniendo en mente el pronunciamiento del Tribunal Arbitral del CIADI en el caso OXY 2, con el cual, según el procurador, el gobierno no concuerda y es por ello que se decidió excluir el arbitraje en materia de caducidad. D. GARCÍA CARRIÓN. *La visión estatal del arbitraje como mecanismo de solución de controversias*. V Conferencia de Arbitraje Internacional (exposición). Quito: 17 de Febrero de 2010.

cláusula 33.3 serán resueltas definitivamente mediante un arbitraje ad-hoc al amparo del Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional, UNCITRAL del año 1976. El arbitraje será administrado según su cuantía por (i) la Corte Permanente de Arbitraje con sede en la Haya, en casos cuya cuantía sea indeterminada o supere los diez (10) millones de dólares; y (ii) el Centro de Arbitraje y Mediación de la Cámara de Comercio de Quito en los demás casos.

33.4.1 El lugar del arbitraje será: (a) Santiago de Chile, Chile, en el caso de la cláusula 33.4 (i) y (b) Quito, Ecuador en el caso de la cláusula 33.4 (ii).⁶⁸

Como se puede ver, la cláusula es bastante compleja y posee varios apartados, pero el que nos interesa para el estudio del tema es precisamente el arriba transcrito.

Cabe destacar también que, a propósito de los temas procesales, se permite que las partes presenten pruebas en diferentes idiomas siempre que se entregue la respectiva traducción en un tiempo razonable y acerca de la ejecución de los laudos se deja a salvo la *lex arbitri* y se establece el sometimiento a la Convención de Nueva York y otras convenciones sobre reconocimiento y ejecución de laudos ratificados por el Ecuador.

Ahora, es importante reflexionar sobre la América Latina como sede de nuevos arbitrajes. Al respecto, es importante recordar que no es fácil llegar a ser reconocido como una buena sede arbitral.⁶⁹ Tomemos el ejemplo de la ciudad de Nueva York: ésta es una de las sedes más utilizadas en los arbitrajes internacionales debido a que tiene una muy buena seguridad jurídica y legislación muy favorable hacia el arbitraje, pero se tardó más de cuarenta años en llegar a ser reconocida como una buena sede. Alrededor del mundo, los países se han promovido para ser elegidos como sedes usando legislaciones favorables al arbitraje y las decisiones de los jueces en cuanto al reconocimiento y ejecución de laudos tanto internos como extranjeros han sido de vital importancia para que se decida optar por ese lugar como sede. Incluso teniendo las sentencias más favorables hacia el arbitraje, hay muchos otros factores externos que influyen en la decisión de las partes de fijar tal o cual lugar como sede.

⁶⁸ J. ROBALINO. *Visión del inversionista ante la propuesta gubernamental en materia de resolución de disputas.*

⁶⁹ L. MARTÍNEZ. *Latinoamérica como sede arbitral.* V Conferencia de Arbitraje Internacional. Quito: 18 de Febrero 2010.

A criterio del MARTÍNEZ, Latinoamérica guarda un potencial para ser elegida como sede arbitral, dado que algunos de sus países tales como Brasil, Chile, Perú y México han tenido un notable desarrollo en cuanto a legislación favorable al arbitraje y su crecimiento como sedes arbitrales. Sin embargo, no hay que dejar de lado el hecho de que la confianza en una sede es algo que únicamente se logra con los años y la experiencia práctica positiva para el arbitraje. En el caso ecuatoriano, es bastante difícil que Quito llegue a ser aceptada fácilmente como sede arbitral para las disputas surgidas entre el Estado y los inversionistas, básicamente por causa de la inseguridad jurídica existente en nuestro país, y por las iniciativas dirigidas a restringir el arbitraje, las mismas que empiezan por la prohibición del Art. 422 de la Constitución.

2.1.2.1. *Instancias Arbitrales Regionales*

De la literalidad del texto, no queda claro si la Constitución permite el arbitraje únicamente en Instancias Arbitrales Regionales o se las tiene como alternativa a un país latinoamericano. De nuevo, la experiencia nos muestra que la segunda es la interpretación adecuada. La mención a este tipo de instancias guarda bastante concordancia con el capítulo de la Constitución sobre la Integración Latinoamericana en la que se dice que el Ecuador tiene como parte de sus objetivos el participar en la “consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y el Caribe”⁷⁰

⁷⁰ “La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a: 7.Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.”Art. 423 numeral 7 de la Constitución.

El primer fruto de esa iniciativa se puede apreciar ya con la creación de la Unión de Naciones Suramericanas (UNASUR), cuyo Tratado Constitutivo fue suscrito el veintitrés de mayo del 2008 en la ciudad de Brasilia.⁷¹

Esta iniciativa parece hacer sentido con las declaraciones públicas del gobierno de crear una instancia arbitral internacional en el marco de la UNASUR, como alternativa al CIADI y otros mecanismos de arbitraje internacional. Lamentablemente todas son suposiciones que deberán ser verificadas con el pasar del tiempo y el desarrollo de la jurisprudencia.⁷²

2.1.2.2. *Órganos Jurisdiccionales designados por las partes*

Veamos ahora la segunda parte de la primera frase del inciso segundo del artículo en estudio, que vendría a ser: “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias [...] por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios” En este apartado se manifiesta la teoría de la autonomía de la voluntad ya que la designación del órgano que resuelva las controversias de las partes es de común acuerdo. Ello significa que el artículo permite que se firmen tratados designen cortes u órganos jurisdiccionales seleccionados por los Estados signatarios. Como bien se ha dicho anteriormente, el Ecuador obedece mayoritariamente a una teoría jurisdiccional del arbitraje⁷³, por tanto, la expresión “órganos jurisdiccionales” puede entenderse como órganos arbitrales o como órganos de justicia ordinaria. Sin embargo, debido a que en las disposiciones anteriores se referían a las sedes arbitrales, y en concatenación con el uso gramatical de la expresión “o” en el texto que denota una alternativa a las mismas, parecería que el mismo se refiere a la justicia ordinaria estatal a la cual acuerden los países someterse. Así, si los signatarios son, por ejemplo, la República del Ecuador y la República Islámica de Irán, ambos podrán acordar que sus controversias sean resueltas por los Tribunales Iranís, o por los tribunales de un tercer Estado, como por ejemplo los Tribunales Chilenos.

⁷¹ Los países signatarios fueron Argentina, Bolivia, Brasil, Colombia, Chile, Ecuador, Guyana, Paraguay, Perú, Suriname, Uruguay y Venezuela.

⁷² J.M. MARCHÁN. *Op. Cit.* p. 89.

⁷³ Ver el punto 1.1.1 literal c del presente trabajo.

A pesar de esto, cabe preguntarse si sería lícito pensar que las partes signatarias del tratado podrían designar un órgano arbitral propio de alguno de las dos o de un tercer Estado, no necesariamente latinoamericano. No se encuentra argumento alguno para que la respuesta a esta pregunta sea negativa, pues el inciso primero especifica que no pueden ser “instancias internacionales” de arbitraje, pero nada dice sobre instancias arbitrales propias de un Estado.

A mi parecer, esta parte del artículo no hace más que confirmar la carga política que contiene: si en el primer inciso se pretende, aparentemente, salvaguardar los intereses del Estado en el sentido de no ser puesto al mismo nivel que una compañía comercial y por ello se prohíbe la “cesión de jurisdicción soberana” a instancias de arbitraje internacional, con la excepción del segundo inciso se enerva completamente esta intención al abrir la posibilidad de que las partes designen órganos internos estatales tanto judiciales como arbitrales propios de otros Estados. Si se piensa que un Tribunal Arbitral va a mirar al Estado ecuatoriano como “igual” que una compañía, ¿qué nos hace pensar que las Cortes de Justicia de otro Estado actuarían diferente? Es obvio que no se escogería a las cortes del país a cuya nacionalidad pertenece la contraparte, dado que la independencia e imparcialidad de los jueces se vería terriblemente comprometida. Pero, ¿qué pasaría cuando es un tercer estado? Es posible que de todas maneras haya una desigualdad de posiciones en tal caso, y vale decir que no siempre se inclinará a favor del Ecuador. Afirmo esto porque dependiendo del lugar del proceso, puede ser que a ese tercer Estado le convenga más predisponer positivamente al Estado del cual es nacional el particular a través de un fallo favorable a éste, que “respaldar” al Ecuador por el hecho de ser un Estado o por ser país latinoamericano.

Es de común pensamiento entre varios juristas y abogados practicantes ecuatorianos que el artículo tiene una “dedicatoria” implícita en contra del CIADI debido a que, según muchos de los assembleístas, dicho centro tendía siempre a favorecer a los particulares en sus laudos y no a los Estados y por ese motivo el

Ecuador ha sido condenado a pagar cientos de miles de millones de dólares por esta entidad. Más adelante entraremos más en detalle sobre este punto.

2.1.2.3. *Restricción de nacionalidad de los jueces que intervengan*

“No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.” Una duda surge respecto de esta frase, de nuevo, debido a la deficiente redacción del artículo. No queda claro si al decir “jueces” se refiere a los árbitros que conformen los tribunales arbitrales en Latinoamérica o si se están refiriendo a los jueces ordinarios de los “órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios”. Parece que debe entenderse la palabra “jueces” como sinónimo de “árbitros” dado que si se tratase de los jueces ordinarios, resulta más que obvio que casi todos, si no son todos ellos, tendrán obviamente la nacionalidad de Estado a cuya jurisdicción pertenezca el funcionario.

La segunda frase del inciso segundo expresa un principio de no coincidencia de nacionalidad de los árbitros con la de las partes involucradas. Si bien es cierto que la imparcialidad de los árbitros debe siempre estar garantizada al momento de conformar el Tribunal Arbitral, a juicio del legislador, el hecho de que un árbitro ostente la misma nacionalidad que una de las partes pone en tela de duda su capacidad para resistirse a cualquier tipo de coerción que se le pueda presentar a lo largo del proceso.

Son pocos, pero existen casos en los que los tribunales de justicia ordinaria disputan la competencia para conocer las controversias a los tribunales arbitrales. De llegar a encontrar que la misma debe radicar en el fuero interno de un Estado y no en un tribunal internacional, los jueces pueden establecer sanciones pecuniarias a los árbitros que continúen con el proceso arbitral. Esta sanción seguramente tendrá sin cuidado a un árbitro que no mantiene ningún vínculo con el Estado al cual pertenezcan las cortes locales; no así, si se trata de un árbitro nacional del mismo, al cual sí se le puede ejecutar la sanción pecuniaria. Este tipo de cosas, sumada a las posibles presiones políticas y

hasta sociales a las que podría verse sometido un árbitro nacional del mismo Estado que una de las partes, parecen haber sido la causa para la restricción que hace el artículo constitucional.

Los reglamentos arbitrales internacionales toman posiciones divergentes respecto del principio de no coincidencia de nacionalidad entre los árbitros y las partes involucradas. Por ejemplo, el artículo 39 del Convenio de Washington estipula:

La mayoría de los árbitros no podrá tener la nacionalidad del Estado Contratante parte en la diferencia, ni la del Estado a que pertenezca el nacional del otro Estado Contratante: La limitación anterior no será aplicable cuando ambas partes, de común acuerdo, designen el árbitro único o cada uno de los miembros del Tribunal.

Por otro lado, el artículo 11 de la Ley modelo de la CNUDMI sobre arbitraje estipula, acerca del nombramiento de los árbitros, que “salvo acuerdo en contrario de las partes, la nacionalidad de una persona no será obstáculo para que esa persona actúe como árbitro.”

El Reglamento de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional en su artículo noveno prescribe:

1. Al nombrar o confirmar un árbitro, la Corte deberá tener en cuenta la nacionalidad, residencia y cualquier otra relación que dicho árbitro tuviere con los países de los que son nacionales las partes o los demás árbitros, así como su disponibilidad y aptitud para conducir el arbitraje de conformidad con el Reglamento. De la misma manera procederá el Secretario General cuando le Corresponda confirmar un árbitro según lo previsto en el artículo 9(2).

Así, observamos que existe una cierta cautela por parte de los distintos reglamentos de arbitraje internacional acerca de la nacionalidad de los árbitros. Sin embargo, no se cierra por completo la posibilidad de que puedan tener la misma nacionalidad que una de las partes. Esto tiene lógica si partimos de la premisa de que los árbitros tienen una ventaja en relación a los jueces ordinarios en el sentido de que, aparentemente, no sufren de las mismas presiones políticas ni morales por el hecho de ser “funcionarios privados” y que son personas profesionales y de mucho renombre tanto dentro del

Estado como en la comunidad internacional, por lo que parecería bastante improbable que su imparcialidad se vea comprometida debido a su nacionalidad.

El inciso segundo prescribe una excepción para los tratados e instrumentos internacionales de materia contractual o comercial, que permite un pacto arbitral al Estado ecuatoriano bajo las circunstancias anteriormente descritas. Pero, adicionalmente, se incluye una nueva excepción relativa al arbitraje en controversias relacionadas con la deuda externa. La excepción del inciso tercero del artículo 422 tiene una naturaleza distinta a la que se acaba de analizar.

2.2. Controversias Relacionadas con la Deuda Externa

Esta idea de someter a arbitraje la legitimidad de la deuda externa refleja la reciente decisión del Estado ecuatoriano de no pagar los intereses sobre un tramo de la deuda externa por considerarla ilegítima y de iniciar acciones legales en contra de la Banca acreedora.⁷⁴

2.2.1. Informe de la Comisión de Auditoría Integral del Crédito Público

Mediante Decreto Ejecutivo 472 del 9 de julio de 2007, el Presidente Rafael Correa crea la Comisión de Auditoría Integral del Crédito Público adscrita al Ministerio de Economía y Finanzas. El artículo segundo del Decreto indica la finalidad de dicha Comisión:

Se define como Auditoría Integral a la acción fiscalizadora dirigida a examinar y evaluar el proceso de contratación y/o renegociación del endeudamiento público, el origen y destino de los recursos y la ejecución de los programas y proyectos que se financien con deuda interna y externa, con el fin de determinar su legitimidad, legalidad, transparencia, calidad, eficacia y eficiencia, considerando los aspectos legales y financieros, los impactos económicos, sociales, de género; regionales, ecológicos y sobre nacionalidades y pueblos.

En Septiembre del año 2008, la Comisión presentó su informe final; un extenso documento con los resultados del ejercicio de todas las atribuciones a ella otorgadas, incluyendo un análisis jurídico de la deuda comercial, con una reseña histórica del

⁷⁴ J.M. MARCHÁN. *Op. Cit.* p. 89.

endeudamiento público. No es propósito del presente trabajo profundizar sobre la auditoría ni sobre la precisión o imparcialidad del informe en su totalidad; sin embargo, es necesario destacar algunas de las conclusiones y recomendaciones destacadas en el mismo con el fin de comprender los antecedentes que dieron lugar al inciso tercero del artículo 422. A continuación, algunas de las conclusiones expuestas:

[...] 2. En el proceso de auditoría de los créditos, se identificaron características y condicionalidades perjudiciales constantes, coartando, inclusive, cualquier acto de defensa que pudiera intentar el país en resguardo de sus derechos; tales como:

- a) Injerencia en asuntos internos del país con la consecuente lesión a la soberanía.
- b) Renuncia a la inmunidad soberana del país, a la inmunidad de jurisdicción y al derecho a la defensa y reclamación. [...]
- d) Cláusulas abusivas que violentan los derechos del país soberano. [...]
- f) Relación asimétrica entre las partes contratantes.
- g) Usura y anatocismo.

[...] 4. Los puntos anteriores son actos lesivos a la dignidad de la Nación y constituyen violaciones a la Constitución y Leyes de la República del Ecuador. [...] Existe evidencias de que se habrían cometido delitos de acción pública como: falsedad ideológica, prevaricato, incumplimiento de los deberes de los funcionarios públicos, quebrantando el orden jurídico con total impunidad, sin que los organismos de control de los gobiernos anteriores hayan intervenido en salvaguardia del patrimonio público.

6. No ha existido voluntad por parte de las autoridades de gobiernos anteriores de ejercer la debida defensa de los intereses del Ecuador, quienes podían haber utilizado argumentos legales para cuestionar contratos, impugnarlos, o aún solicitar una reconsideración sobre la base del principio *rebus sic stantibus* (cambio fundamental de circunstancias) del derecho romano, que reconoce el mismo fundamento que el *unnecessary hardship* del derecho anglosajón, y las normas de la Convención de Viena.

7. El proceso de endeudamiento del Ecuador, durante el período comprendido entre 1976 y 2006, desde la perspectiva de una continuidad estructural, se desarrolló en beneficio del sector financiero y empresas transnacionales, afectando visiblemente los intereses de la Nación. Los condicionamientos impuestos y el pago de la deuda, limitaron los derechos fundamentales de personas y pueblos, profundizando la pobreza, aumentando la migración y deteriorando las condiciones ambientales.

8. Respecto de la deuda comercial: [...]

g) La renuncia unilateral, por parte de autoridades ecuatorianas, a la prescripción de la deuda externa comercial, denominado “Tolling Agreement”, en 1992, debe considerarse un acto nulo al haberse violado la Constitución y las leyes de la República, que prohíben tal renuncia de derechos. [...]

j) Los bonos Global presentan serios indicios de ilegalidad desde su instrumentación, en el año 1999 hasta su emisión en el 2000. [...] Además, dichos bonos Brady y los Eurobonos que también se canjearon no se encontraban vencidos, por tanto no eran exigibles. Financieramente, el canje de bonos Brady a Bonos Global

contienen varios aspectos de ilegalidad y representó un serio perjuicio y daño económico y moral al Ecuador.⁷⁵

Posteriormente, se realiza recomendaciones dentro de las cuales se incluyen: 1) Suspender el pago de créditos de la deuda externa pública; 2) Definir nuevas políticas de financiamiento del Estado obedeciendo a los principios de transparencia y responsabilidad; 3) Establecer una normativa expresa para el proceso de contratación de deuda pública; 4) Suspender el pago del servicio de los bonos Global, para lo cual se proponen dos alternativas: a.- que se emita un “acto soberano de declaración de nulidad” de la totalidad de los bonos acompañado de la suspensión inmediata de los bonos. Esta decisión de suspender los pagos puede incluir el inicio de acciones legales en el Ecuador y/o en el exterior; o, b.- Se propuso también impugnar en los Estados Unidos los contratos referidos al Plan Brady y su continuación, los Bonos Global. Sin embargo este planteamiento fue muy discutido dentro de la Comisión ya que la mayoría de los integrantes no estaban de acuerdo con el mismo; 5) Iniciar una acción de nulidad respecto del *Tolling Agreement* en los Tribunales del Ecuador; 6) En relación a los créditos multilaterales, recomendó una serie de alternativas, dentro de las que se encuentran la suspensión del pago del servicio de los nueve créditos utilizados en compra de colaterales Brady y someterlos al proceso de impugnación al Pan Brady que pudiere plantear el Gobierno ecuatoriano y la emisión de un “acto soberano de declaración unilateral del Estado ecuatoriano de nulidad de los 42 créditos multilaterales sometidos a la auditoría.

Con este informe y los emitidos previamente por la Comisión, es que probablemente surge la idea del Estado ecuatoriano de promover arbitrajes relacionados con la deuda externa, siempre en función de que el Gobierno la considere o no lícita.

2.2.2. *Sentencia Interpretativa de la Corte Constitucional*

⁷⁵ Informe Final de Auditoría Integral del Crédito Público emitido por la Comisión de Auditoría Integral del Crédito Público, pp. 179-182.

Sobre el tema que nos interesa, que es el del arbitraje internacional, existe una sentencia interpretativa de la Corte Constitucional.⁷⁶ En el año 2009 Ecuador estaba negociando una crédito de cien millones de dólares con el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) para financiar el “Programa de Competitividad II: Desarrollo Productivo y Acceso a l Financiamiento”. En el capítulo VIII, artículo 8.04, literal b) del contrato de préstamo, se estipula que “el Tribunal fallará en conciencia, con base en los términos de este contrato y pronunciará el fallo aún en el caso de que alguna de las partes actúen en rebeldía”. El Subsecretario Encargado del Ministerio de Finanzas hizo la consulta sobre la posibilidad de que el Ecuador se someta a arbitraje en el contrato de préstamo con el BID, basándose en el inciso segundo del artículo 190 de la Constitución de la República, la cual establece que “en la contratación pública cabe el arbitraje en Derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.” El Procurador General del Estado autoriza al Ministerio de Finanzas obligar al Estado a someterse a arbitraje internacional, siempre que se tome en cuenta la observación formulada. Dicha observación reza:

[...] de conformidad con lo dispuesto por el artículo 190 de la Constitución de la República del Ecuador y por el numeral 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, los organismos y entidades del sector público solamente podrán someterse a arbitraje en derecho, por lo que es improcedente lo establecido en el literal b) del Proyecto de Contrato de Préstamo.⁷⁷

Por lo tanto, se comprende que el Procurador se negó a autorizar el arbitraje “en conciencia” o equidad que se estipulaba en el proyecto de contrato. Con este antecedente, el Dr. Alexis Mera Giler, Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, solicitó a la Corte Constitucional que interprete el inciso final del artículo 422 de la Constitución. El Dr. Mera expresó en su argumentación, que el procurador debió haber realizado 3 consideraciones: 1) Que no se trata de una contratación pública

⁷⁶ Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0001-09-IC, caso 0005-09-IC del 13 de marzo de 2009, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 549 del 16 marzo del 2009.

⁷⁷ Oficios Nos. 4819 de 28 de noviembre de 2008 y 05724 de 16 de enero de 2009, emitidos por el Procurador General del Estado.

puesto que el Estado suscribirá un contrato de préstamo con un organismo multilateral de crédito como lo es el BID, y que por tanto no se aplican las normas que invocó el Procurador General; 2) Que, debido a que el contrato será firmado fuera del territorio ecuatoriano, no se aplica el artículo 14 del Código Civil en el cual se establece que los sujetos que se encuentran fuera se sometan a las leyes de la República, puesto que el mismo trata únicamente de temas de capacidad y relaciones de familia y ese no es el caso; y, 3) Que el inciso final del artículo 422 de la Constitución prevé excepciones en el caso de la deuda externa y permite expresamente el arbitraje en equidad para el Estado. Por estas razones, el Secretario General Jurídico de la Presidencia opina que es posible que en el contrato con el BID, Ecuador se someta a arbitraje en conciencia o equidad.

Para interpretar el mencionado inciso, la Corte Constitucional para el Período de Transición empieza haciendo un análisis sobre la naturaleza del inciso, para determinar si se trata de una regla o de un principio. Así, concluye que:

Esta norma constitucional se refiere a tres cuestiones literalmente identificadas y determinadas así: a) controversias sobre deuda externa (supuesto de hecho), b) la preferencia por las soluciones arbitrales en función del origen de la deuda (consecuencia jurídica); y, c) incorpora, la sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional, (de carácter indeterminado y abierto). Lo cual identifica a esta norma como una regla clara que está sustentada en principios.

En relación a los principios, la transparencia constituye un deber específico, relacionado con la moralidad, fidelidad y claridad que debe presidir toda actividad del sector público. El principio de equidad es el supuesto indispensable por el cual se llega a la igualdad material y pretende que el Estado realice una adecuada distribución de cargas y ventajas sociales.⁷⁸

La corte considera también, que las entidades del sector público enumeradas en el artículo 225 de la Constitución, deben ser entendidas como constitutivas del estado ecuatoriano desde un punto de vista interno únicamente, y que la contratación pública se refiere únicamente a las relaciones jurídicas de dichas entidades públicas entre sí y con personas jurídicas privadas. Éstas son las relaciones a las que se refieren los artículos 190 de la Constitución y 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, por lo tanto, dichas reglas no se aplican a los contratos de préstamo

⁷⁸ Corte Constitucional. Sentencia interpretativa No. 0001-09-IC, p. 4.

internacional puesto que no constituyen contratación pública. Concluye que al Estado, en cuanto a sujeto de derechos y obligaciones internacionales, se le debe aplicar las reglas del inciso final del artículo 422 en temas de contratación de deuda externa. Así, emite la siguiente sentencia interpretativa:

1.- Interpretar, que el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República del Ecuador, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable, para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución.

2.- Interpretar, que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá entenderse como sinónimo de “fallo en equidad”, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; debiendo, en todo caso, sujetarse a las reglas y principios contenidos en los artículos 416 numeral 12, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador [...]⁷⁹

De esta manera, se establece un precedente acerca de la aplicación del inciso tercero del artículo 422 de la Constitución con prevalencia sobre cualquier otra disposición respecto de las controversias sobre deuda externa pública, y estipulando la posibilidad del arbitraje en equidad para este tipo de disputas, desviándose así de la tendencia general de que el Estado puede someterse únicamente a arbitraje en derecho.

⁷⁹ Corte Constitucional. Sentencia Interpretativa No. 0001-09-IC. p. 4.

CAPITULO III

EL ALCANCE DE LA NORMA Y CONSECUENCIAS PRÁCTICAS DE LA APLICACIÓN DEL ARTÍCULO 422

Una vez realizado el análisis de las excepciones propuestas en los incisos segundo y tercero de texto de la norma constitucional, se comprende que las puertas para que el Ecuador se someta a Arbitraje no se encuentran completamente cerradas. Así, tanto el texto de la disposición como su aplicación en la práctica han demostrado que es completamente viable continuar realizando cláusulas y convenios de Arbitraje Internacional. Es entonces necesario profundizar sobre la prohibición establecida en el inciso primero del artículo y, en concordancia con las excepciones, comprender el alcance teórico que el mismo tendría jurídicamente. Lamentablemente, la práctica no siempre concuerda con la teoría por lo que se hará también un análisis de cómo ha sido interpretado y aplicado el artículo *in comento* en la realidad ecuatoriana, examinando para ello dos consecuencias de la aplicación: la denuncia de la Convención de Washington y las intenciones de denunciar una gran cantidad de Tratados Bilaterales de Inversión.

3.1. El Alcance de la norma y la prohibición

La literalidad del inciso primero del artículo constitucional dice:

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.

En primer lugar, cabe recalcar que la redacción del artículo contiene una evidente carga política e ideológica⁸⁰ :

El Artículo [422] recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial. Históricamente, en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje, en las que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial⁸¹

Acerca del espíritu de la norma, contenido en el transcrito informe de mayoría, hay que decir que tiene algunas concepciones erradas. Los tratados internacionales no tienen porqué considerarse lesivos para los intereses del país por establecer un método internacional de solución de las controversias que pueden surgir entre las partes. La finalidad de estos mecanismos es garantizar un fuero imparcial que sea quien resuelva objetivamente las disputas que haya entre el Estado y las personas jurídicas extranjeras. En este sentido, la experiencia ha mostrado que los sistemas judiciales internos de los Estados lamentablemente han sido presa de presiones políticas en los juicios en los que el Estado es parte y corre el riesgo de tener que pagar cientos de miles y hasta millones de dólares si se falla en su contra. Este tipo de acontecimientos puede pasar en cualquier parte del mundo, especialmente en los países en vías de desarrollo como el Ecuador, donde los poderes estatales están lejos de ser independientes entre sí y donde la Función Judicial, y, en concreto, la autoridad de los jueces y magistrados, no tienen el

⁸⁰ X. ANDRADE CADENA. “Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución ecuatoriana”. En *Revista de Arbitragem E Mediação*. 2009, jan-mar, no. 20, pp. 351- 366.

⁸¹ Asamblea Nacional Constituyente. *Informe de mayoría de la redacción del articulado Constitucional referido a tratados e instrumentos internacionales de la Mesa 9*. Abril 2008, p. 4.

suficiente empoderamiento como para enfrentarse a los intereses del Gobierno de turno o de funcionarios en particular, en caso de ser necesario. Más bien, parecen estar más preocupados por conservar sus plazas de trabajo aunque esto les signifique comprometer su lógica jurídica y ética, o la correcta aplicación del Derecho.

En efecto, lo que se busca en los Tribunales Arbitrales Internacionales es la igualdad de condiciones entre el Estado y los particulares; igualdad de oportunidad para ser oído, para defenderse y para exigir y hacer cumplir los derechos a ellos otorgados en virtud de los tratados o contratos celebrados. Así, no se encuentra nada de malo en el hecho de que se ponga al Estado “al mismo nivel que una compañía comercial” puesto que no por tratarse del mismo debería dársele privilegios especiales al momento litigar en un juicio arbitral. Hay que recordar que el Estado posee ya prerrogativas especiales durante la negociación y ejecución de los contratos con los particulares e incluso para darlos por terminados de manera unilateral. Sin embargo, ello no significa que no tenga la obligación de indemnizar cuando lo ha perjudicado de alguna manera o ha dejado de cumplir con alguna de las obligaciones pactadas. Es en este sentido en el que se les da un trato igualitario, tanto al Estado, como a los particulares en el Arbitraje Internacional.

Pasemos ahora a analizar el alcance de la prohibición en cuanto a la naturaleza de las controversias. MARCHÁN, en su análisis sobre el tratamiento del arbitraje en la Constitución aprobada en el año 2008, afirma que el legislador de la norma parte de tres premisas erróneas: i) que la única fuente de sometimiento al arbitraje internacional por parte de un Estado son los tratados internacionales; ii) que los únicos tratados que prevén la posibilidad de arbitraje internacional son aquellos que tratan sobre materias contractuales o comerciales; y, iii) que únicamente las materias de carácter contractual o comercial se discuten en los arbitrajes internacionales.⁸²

⁸² J.M. MARCHÁN. “El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana”. En *Spain Arbitration Review, Revista española del club de Arbitraje*. 2009, pp 79-92.

El autor subraya el desacierto de cada una de estas premisas. Para el primer caso, que la norma no impide que se celebren contratos entre el Estado y un inversionista extranjero en el cual se sometan las posibles controversias a arbitraje internacional, puesto que la prohibición es únicamente para **tratados internacionales futuros**.⁸³ En el segundo caso, anota que los tratados que versan sobre materias contractuales o comerciales no son los únicos que pueden prever arbitraje internacional como método de solución de conflictos. El mejor ejemplo es el de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones, pero también señala otros tales como los Tratados de Límites o Alianzas Militares. Finalmente, para el tercer punto, destaca que las controversias que se someten a arbitraje internacional entre inversionistas extranjeros y Estados no provienen necesariamente de relaciones contractuales o comerciales sino que en su mayoría se derivan de la violación de obligaciones asumidas en los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones.

A continuación, se hace un análisis de lo que significa “comercial o contractual” para la legislación ecuatoriana para determinar si la prohibición incluye al Arbitraje de Inversión.

Para determinar qué es contractual, hay que remitirse al Código Civil el cual en su Art. 1454 dice que “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas.”

En cuanto a lo comercial, hay que recurrir al artículo segundo del Código de Comercio que define qué se entiende por comerciantes y al artículo tercero que define a los actos de comercio:

Art. 2.- Son comerciantes los que, teniendo capacidad para contratar, hacen del comercio su profesión habitual. Se considerarán comerciantes a las personas naturales y

⁸³ La posibilidad de pactar arbitraje se confirma con el inciso segundo del artículo 190 de la Constitución y el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado, la cual hemos mencionado anteriormente. Así, si el Procurador General lo autoriza, es perfectamente viable que se firmen cláusulas arbitrales. De hecho, se han firmado ya contratos con cláusulas arbitrales donde la sede será Chile y se utilizarán las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI)

jurídicas, nacionales y extranjeras, domiciliadas en el Ecuador, que intervengan en el comercio de muebles e inmuebles, que realicen servicios relacionados con actividades comerciales, y que, teniendo capacidad para contratar, hagan del comercio su profesión habitual y actúen con un capital en giro propio y ajeno, mínimo de Treinta mil sucres para la jurisdicción de las Cámaras de Comercio de Quito y Guayaquil; de Ocho mil sucres para Cuenca, Manta y Bahía de Caráquez; y, de Cinco mil sucres para los demás cantones.

Art. 3.- Son actos de comercio, ya de parte de todos los contratantes, ya de parte de alguno de ellos solamente:

1.- La compra o permuta de cosas muebles, hecha con ánimo de revenderlas o permutarlas en la misma forma o en otra distinta; y la reventa o permuta de estas mismas cosas. Pertencen también a la jurisdicción mercantil las acciones contra los agricultores y criadores, por la venta de los frutos de sus cosechas y ganados, más no las intentadas contra los comerciantes para el pago de lo que hubieren comprado para su uso y consumo particular, o para el de sus familias; 2.- La compra y la venta de un establecimiento de comercio, y de las acciones de una sociedad mercantil; 3.- La comisión o mandato comercial; 4.- Las empresas de almacenes, tiendas, bazares, fondas, cafés y otros establecimientos semejantes; 5.- El transporte por tierra, ríos o canales navegables, de mercaderías o de personas que ejerzan el comercio o viajen por alguna operación de tráfico; 6.- El depósito de mercaderías, las agencias de negocios mercantiles y las empresas de martillo; 7.- El seguro; 8.- Todo lo concerniente a letras de cambio o pagarés a la orden, aún entre no comerciantes; las remesas de dinero de una plaza a otra, hechas en virtud de un contrato de cambio, y todo lo concerniente a libranzas entre comerciantes solamente, o por actos de comercio de parte del que suscribe la libranza; 9.- Las operaciones de banco; 10.- Las operaciones de correduría; 11.- Las operaciones de bolsa; 12.- Las operaciones de construcción y carena de naves, y la compra o venta de naves o de aparejos y vituallas; 13.- Las asociaciones de armadores; 14.- Las expediciones, transportes, depósitos o consignaciones marítimas; 15.- Los fletamentos, préstamos a la gruesa y más contratos concernientes al comercio marítimo; y, 16.- Los hechos que producen obligación en los casos de averías, naufragios y salvamento.

Se desprende del citado artículo que los actos de comercio son transacciones específicas de bienes y servicios, mientras que la inversión, la constituye fundamentalmente un capital. Si bien es cierto que la inversión va a requerir de actos comerciales inevitablemente, no se puede igualar estos dos conceptos. Internacionalmente, se define lo que puede entenderse por “comercial” en la segunda nota explicativa de la Secretaría de la CNUDMI sobre la Ley Modelo de la CNUDMI:

Debe darse una interpretación amplia a la expresión "comercial" para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o

servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro ("factoring"), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra ("leasing"), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.

Es necesario por otro lado, tener una idea de lo que es una inversión, a pesar de que es muy complicado definirla. Ello se debe no solo a que depende de la definición que cada Tratado Bilateral de Inversiones haga de la misma, sino también a las numerosas decisiones arbitrales existentes sobre el tema ya que esta distinción ha sido uno de los puntos más controvertidos cuando se ha tratado de definir la jurisdicción de los Tribunales Arbitrales, especialmente del CIADI. El artículo 25 de la Convención del CIADI, no define a la inversión aunque ordena que las controversias que se enmarcan dentro de su jurisdicción deben surgir directamente de ellas. Esto tiene su razón de ser, así, últimamente se ha afirmado a este respecto que:

[...] en los subsecuentes desarrollos enfocados en la “noción legal de inversión” y ya no en la “noción económica”, los autores han insistido en que “no existe una singular sino una multiplicidad de traducciones legales para la noción económica de inversión” y que la ausencia de cualquier definición de inversión en la Convención del CIADI se debe al deseo de no alterar la unidad formal ni material de la litigación relativa a ciertas inversiones.⁸⁴

Sin embargo, hay ciertos criterios básicos para reconocer a una inversión, establecidos en la doctrina y jurisprudencia arbitral internacional sobre inversiones: 1) Es indispensable que exista un flujo de capitales de un país a otro; 2) Que haya un lapso de tiempo determinado durante el cual se va a realizar una actividad económica; 3) que no se trate precisamente de una actividad comercial; 4) que exista un riesgo

⁸⁴ “However, in subsequent developments focusing on the ‘legal notion of investment’ and no longer the ‘economic notion’, the authors insisted that ‘there exists not a singular but a multiplicity of legal translations for the economic notion of investment’, and that that absence of any definition of investment in the ICSID Convention is due to the: desire to disturb neither the formal nor the material unity of litigation regarding certain investments [...]” E. GAILLARD. “Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of investment in ICSID Practice”. *International Investment Law for the 21st Century*. Gran Bretaña: Oxford University Press, 2009. p. 405. La traducción al español es mía.

asumido por parte del inversionista; y, 5) que exista la expectativa de un retorno como producto de esa inversión.⁸⁵

Como conclusión, podemos decir que la limitación hecha por la norma constitucional [...] no incluye las controversias derivadas de un tratado bilateral de promoción de inversiones, ya que su naturaleza y objeto son distintos y establecen un marco general de garantías a favor de los inversionistas, mas no regulan actividad comercial o contractual alguna.⁸⁶

En definitiva, este primer punto, si bien no se trata de una excepción per se, es un punto importante de analizar dado que la prohibición, como se analizó, no alcanza al arbitraje de inversiones ni a los tratados bilaterales o contratos que lo prevean. Sin embargo, en la práctica, no solo que se ha interpretado totalmente lo contrario al razonamiento expuesto, sino que además, como se explicará en las siguientes puntos, se le ha dado incluso un efecto retroactivo a la disposición de la Carta Magna.

3.2. Consecuencias de la Aplicación del Art. 422

Como se dijo, la teoría no siempre coincide con la práctica, menos aún para el caso del derecho ecuatoriano. En la sección anterior se concluye que la prohibición para pactar Arbitraje Internacional es únicamente para la firma de nuevos tratados y que además la misma no alcanza a los Tratados de Inversión puesto que se especifica que las controversias deben ser en materia comercial o contractual. Sin embargo, se observará que el Estado Ecuatoriano ha entendido completamente lo contrario a las conclusiones anteriores; ha comprendido que la existencia de esta nueva disposición

⁸⁵ A pesar de que la Jurisprudencia Internacional no ha sido unánime al respecto, gran parte de Tribunales se han unido al criterio establecido en el caso *Sallini Construttori vs Marruecos* (caso CIADI, Arb/00/4 de 23 de julio de 2001), conocido como el *Sallini Test*, en el que se establecen cuatro criterios esenciales para calificar a una inversión como tal: 1) Aportación de recursos o activos; 2) lapso razonable de tiempo; 3) Riesgo; y, 4) contribución al desarrollo económico del Estado Receptor. Este cuarto elemento no tiene una aceptación tan amplia como los otros y es bastante controvertida dado que existe un riesgo de que la inversión no tenga el éxito y retornos esperados en cuyo caso obviamente no haría contribución alguna al Estado receptor, pero ello no significa que deje de constituir una.

⁸⁶ J.M. MARCHÁN. *Op. Cit.* p. 88.

implica que es necesario renunciar a los tratados existentes donde se pacte Arbitraje Internacional, dentro de los cuales se encuentran la Convención de Washington, o Convención CIADI, y múltiples Tratados Bilaterales de Inversión.

3.2.1 Denuncia del Convenio del CIADI

La primera aplicación del artículo 422 se manifiesta respecto del Convenio del CIADI, el cual fue denunciado por el Ecuador el 2 de julio del año 2009.

El 3 de junio del año 2009, el Presidente de la República, mediante oficio No. T.4484-SGJ-09-1431, solicitó a la Comisión de Legislación y Fiscalización de la Asamblea Nacional, la aprobación de la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de Otros Estados (Convenio CIADI). El Presidente basa su solicitud para la aprobación en el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución de la República que reza:

Art. 419.- La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.

Se puede observar por tanto, que el mismo Presidente está convencido de que la resolución de las controversias que surjan entre el Estado ecuatoriano e inversionistas extranjeros, le corresponden al las Cortes de Justicia Nacionales y es por ello que solicita a la Asamblea su aprobación para poder proceder a la denuncia del Convenio.

En el oficio el Presidente expresa que considera conveniente denunciar el Convenio, por cuanto violenta la prohibición prescrita en el artículo 422 de la Constitución de la República, pero no se hace ninguna reflexión más allá de esto. Siendo esto así, en la realidad resulta que se le da un efecto retroactivo a la norma constitucional, puesto que se basan en una prohibición que se hace para la firma de tratados futuros para denunciar un tratado que se encuentra ratificado por el Ecuador desde el año 2001. Cabe recalcar que el 29 de Octubre del año 2007, el Ecuador limitó

la jurisdicción del Centro, notificando que el Estado no aceptaría someter las diferencias relativas al manejo de los recursos naturales no renovables tales como los recursos mineros e hidrocarburíferos. Se puede observar entonces que desde el año 2007, Ecuador mostró ciertas actitudes reacias hacia el Centro.

La asamblea conoce la mencionada petición, realiza el respectivo debate y finalmente otorga su aprobación para la denuncia, tras lo cual el Presidente Rafael Correa procedió a emitir el correspondiente decreto de denuncia.

3.2.1.1. La aprobación de la Asamblea

El debate de la asamblea quedó transcrito en el Acta 044 del 12 de Junio de 2009, en la que se conoció sobre la petición del Presidente de la República de aprobar la denuncia del Convenio en mención. Vale la pena mencionar que el particular fue conocido por la Comisión Legislativa o “Congresillo” que en ese tiempo se constituyó de acuerdo al último inciso del artículo 17 del Régimen de Transición publicado en la Constitución aprobada con reciente anterioridad cuyo texto reza:

Art. 17.- se declara concluido el período de los diputados y diputadas, principales y suplentes, elegidos el 15 de octubre del 2006

La Asamblea Constituyente se reunirá cinco días después de proclamados los resultados del referéndum aprobatorio para conformar la Comisión Legislativa y de Fiscalización procurando mantener la proporcionalidad política que tuvo el Plenario de la Asamblea Constituyente.

Esta Comisión Legislativa y de Fiscalización cumplirá las funciones de la Asamblea Nacional previstas en la Constitución, hasta que se elijan y posesionen los Asambleístas, conforme lo establecido en este Régimen de Transición.

Así, se observa que esta Comisión de transición no la constituían personas elegidas por la ciudadanía ecuatoriana, sino que la conformaban algunos ex asambleístas de la Asamblea Constituyente, en su mayoría integrantes de Alianza País, siguiendo la proporcionalidad de la Asamblea de Montecristi.

El proceso para la aprobación de la denuncia tuvo un “tratamiento especial” ya que, en general, lo que se debía hacer era enviar el oficio junto con el texto del

Convenio CIADI a una Comisión de Asuntos Internacionales para que la misma analice la necesidad o no de denunciarlo y su concordancia con la Constitución de la República y posteriormente emitir un informe para enviarlo al conocimiento del pleno. En el presente caso, el Pleno conoció directamente el oficio, ni siquiera se leyó el Convenio, intervinieron unos pocos asambleístas y se procedió directamente a votación. De ello quedó constancia con la intervención del Asambleísta Julio Logroño quien expresó:

En varias ocasiones hemos sugerido que el CAL no puede poner en conocimiento del Plenario de la Asamblea, un tratado internacional sin haberlo debatido al interior de una Comisión y sin el informe correspondiente.[...] No podemos simplemente poner en conocimiento [la denuncia del Convenio del CIADI] ni siquiera lo hemos leído y someter a votación sin el debate de la valoración necesaria sobre la aplicación del tratado o sobre la violación de nuestras leyes.⁸⁷

La respuesta del Presidente de la Asamblea acerca del comentario del asambleísta fue:

[...]Las cosas en derecho y en ámbito público se hacen cuando están prescritas y escritas, no hay ninguna disposición, si usted me precisa, pues yo rectifico y les pido disculpas, pero en este caso, me parece que siendo competencia del Pleno el aprobar o en este caso denunciar un convenio y no habiendo, estamos elaborando una ley. Vamos el siguiente punto a debatir, si en la nueva ley se pone esa disposición, porque la entendemos, parte del ordenamiento jurídico extranacional o complementario a la legislación nacional, pues así se hará en el futuro. Pero en este momento no por contrapuntear con usted, sino porque creímos que no teníamos la facultad y que más bien eso podría ser observado, porque le mandamos a una Comisión, cuando es además un convenio de múltiples expectativas, es decir, por qué la Comisión que aquí toca, Relaciones Internacionales, cuando las demandas que tiene el Ecuador son más de carácter económico-financiero, más que de meras relaciones entre países. Entonces, no le contradigo asambleísta Logroño, solamente le informo que no hay ninguna disposición y por eso hemos procedido de la forma en la que está. [...]⁸⁸

Es lamentable cómo se demuestra la falta de conocimiento y de capacidad de argumentación en el párrafo transcrito arriba y la facilidad con la que un paso necesario y extremadamente importante para la toma de decisiones de gran trascendencia para el

⁸⁷ Acta de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional No. 044 del 12 de Junio de 2009. p. 86.

⁸⁸ Acta de la Comisión Legislativa y de Fiscalización de la Asamblea Nacional No. 044 del 12 de Junio de 2009. pp. 86 y 87.

País como lo fue la denuncia al Convenio del CIADI, es obviado por los altos mandatarios.

Del acta de debate no consta ninguna otra contradicción que el comentario del asambleísta Logroño; las demás intervenciones transcritas fueron tendientes a apoyar la moción que el Asambleísta César Rodríguez hizo para aprobar el pedido del presidente y por tanto la denuncia del Convenio. Dentro de las intervenciones, se hace constate alusión a la soberanía nacional y se expresa en general que el sometimiento del Ecuador a los tribunales CIADI resulta lesivo para los intereses nacionales. En este sentido, el Asambleísta Abel Ávila expresó que:

[...] defender la soberanía nacional es una cuestión de principios, y nuestro partido ha hecho importante luchas en la historia de este país para defender os recursos nacionales y, sobre todo, que aquel recurso que se genere en el país sirva para, obviamente, paliar la deuda social que históricamente nos dejaron los gobiernos neoliberales, entreguistas y vendepatria. Las formas de resolver los conflictos con las transnacionales tienen que ver con el tema de la soberanía de nuestros recursos naturales [...] Este centro y este convenio lesivo, donde prevalecen las normas internacionales, y violentan las normas internas del país, la soberanía, la Constitución y, sobre todo, aplica medidas nefastas al interés nacional, sometiendo, históricamente, a los países pobres a esos [p]seudos arbitrajes o conciliaciones. Es más, nuestra legislación débil, nuestra Constitución débil, fue modificada a propósito de esos acuerdos para que respondan a los intereses de las transnacionales, explotadoras y saqueadoras de nuestros recursos naturales. De tal suerte que ese perjuicio ha significado millones de dólares para el Estado [...] pero le corresponde a la Asamblea Nacional y a la tendencia de cambio resarcir esos daños, sobre todo dando una muestra a nivel internacional y al país, que no estamos dispuestos a seguir tolerando esta actitud de las transnacionales, de llevarse nuestros recursos naturales, a como les da la gana y burlarse de nuestra jurisdicción y de nuestras leyes. Voy a decirles algunos ejemplos. El costo de las reclamaciones hechas por las transnacionales al país, podrían sumarse en nada más y en nada menos de trescientos sesenta y nueve millones de dólares.

En primer lugar, hay que resaltar el hecho de que el sometimiento del Ecuador a la jurisdicción del CIADI es una muestra del ejercicio de la soberanía a nivel internacional, ya que el Estado, en uso de sus potestades soberanas, accedió a firmar el Convenio en el cual expresa **su voluntad de someter sus controversias a la jurisdicción del Centro**. Por lo tanto, no es acertado en lo absoluto que se afirme que el Convenio es atentatorio contra la soberanía ecuatoriana.

En segundo lugar, hay que decir que desde el año 2007 el Ecuador limitó la jurisdicción del Centro declarando que no sometería controversias relativas a los recursos naturales no renovables y este acto se lo incluye como dato dentro del oficio del Presidente de la República. El Asambleísta Ávila hace toda su argumentación en torno a los casos con compañías de exploración y explotación de recursos no renovables e invita al Pleno a apoyar la moción presentada por el Asambleísta Rodríguez bajo el argumento de que Ecuador no puede seguir permitiendo que las empresas transnacionales se lleven los recursos renovables y luego demanden al Estado ante el CIADI por los contratos incumplidos. Sin embargo, este argumento no debió haberse tomado en cuenta, en vista de que el texto de la Convención que estaba conociendo el Pleno a esa fecha, ya no incluía a dichas controversias, por lo que los recursos naturales se encontraban “a salvo del Centro” para ese entonces. Se evidencia mucho en la presente intervención, la ideología política a la que se acoge el Asambleísta, y la errónea idea de que el arbitraje internacional es para los gobiernos neoliberales de los “países ricos”.

Luego de solamente tres intervenciones de asambleístas, más aquella en la que propone la moción para aprobar la petición, se procede a leer el texto de la moción y se somete a votación; habiendo cincuenta y nueve asambleístas presentes, hubo cincuenta votos a favor, cuatro en contra y cinco abstenciones. La denuncia fue aprobada. Lamentablemente, dentro de los archivos de la Asamblea Nacional no se encuentra el documento original de la resolución que se tomó en esta sesión acerca del tema, sin embargo, en el acta en análisis se hace una transcripción de la resolución. Dicha transcripción enuncia en los considerandos: la fecha de aprobación de la nueva Constitución del 20 de Octubre del 2008, al último inciso del artículo 17 del Régimen de Transición y el artículo 4 del Mandato Constituyente No. 23 para dar la atribución a la Comisión Legislativa y de Fiscalización para conocer la petición de aprobación de denuncia, al cumplir esta con las funciones de la Asamblea Nacional. Adicionalmente, se considera el oficio de petición del Presidente de la República y el debate sostenido en

la sesión No. 44 del 12 de Junio de 2009, se resuelve aprobar la denuncia del Convenio Sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados.

3.2.2.2. *El Decreto de Denuncia*

Posterior a la aprobación por parte de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, el Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, procedió a denunciar el Convenio CIADI mediante Decreto Ejecutivo No. 1823⁸⁹ del 2 de Julio de 2009. Los considerandos del Decreto fueron: la aprobación del Pleno de la Comisión Legislativa y de Fiscalización, el artículo 422 de la Constitución y el artículo 71 del Convenio CIADI que establece que cualquier Estado Parte puede denunciar el Convenio notificando por escrito al depositario del Convenio.

En el análisis de la prohibición del artículo 422 de la Constitución, hemos establecido que la disposición rige para la celebración de tratados futuros: “No se podrá celebrar [...]”, el verbo se encuentra conjugado en tiempo futuro. La celebración de un tratado implica que el mismo aún no existe o que el Estado no se encuentra adherido al mismo todavía, es una nueva convención. Por ello, es imposible hablar de la celebración un de tratado ya existente como lo era el Convenio del CIADI al tiempo del decreto. Si la base jurídica del Decreto es únicamente el artículo 422 de la Constitución, entonces se le está dando un efecto retroactivo a la disposición, asumiendo que por el hecho de que no puede haber nuevos tratados donde se pacte arbitraje internacional, la Constitución manda o permite que se renuncie a los tratados ya existentes. Así, la base jurídica del Decreto es expresamente violatoria al principio irretroactividad de la ley, el mismo que es fundamental para la seguridad jurídica en un Estado de Derecho.

⁸⁹ Publicado en el Registro Oficial No. 632 del 13 de Julio de 2009.

El texto del Convenio de Washington, establece en su artículo 71 que “Todo Estado Contratante podrá denunciar este Convenio mediante notificación escrita dirigida al depositario del mismo.”

Vemos entonces, que no existen mayores requisitos ni se exigen mayores motivaciones para proceder a la denuncia del Tratado. Muy aparte de mi opinión personal sobre la inconveniencia de la denuncia al Convenio, es importante recordar que corresponde al Presidente de la República el manejo de las Relaciones Internacionales y la Política Internacional, por lo que si el Presidente consideraba necesario denunciarlo, lo podía hacer perfectamente utilizando todas las razones políticas que haya tenido, y en ejercicio de sus potestades ejecutivas. Sin embargo, al utilizar como argumento al artículo 422 de la Constitución, únicamente instauró un precedente de total desconocimiento de principios básicos para el ejercicio de sus atribuciones y estableció un mal ejemplo para el resto de las instituciones (y de la ciudadanía) en cuanto al acatamiento de las normas que rigen nuestra sociedad.

3.2.2. Denuncia de los Tratados Bilaterales de Promoción y Protección de Inversiones

La segunda consecuencia de la aplicación del artículo 422, proviene de la iniciativa del Presidente de la República de denunciar un gran número de Tratados Bilaterales de Inversión que nuestro país mantenía con varios países, basándose en la nueva disposición constitucional.

El 28 de Septiembre del año 2009, mediante Oficio Número T. 4766-SGJ-09-2216, el Presidente Rafael Correa realizó una solicitud ante la Asamblea Nacional para la denuncia de los Acuerdos Bilaterales de Protección Recíproca de Inversiones que el Ecuador suscribió con: Finlandia, Suecia, Canadá, China, Países Bajos, Alemania, Francia, Reino Unido e Irlanda, Argentina, Chile, Venezuela, Suiza y Estados Unidos. Posteriormente, se solicitó, con distinta fecha, la denuncia de otros tantos TBIs. Para

finés didácticos, se hará un análisis de los dictámenes de inconstitucionalidad de los Tratados con Estados Unidos, Reino Unido y Francia, ya que éstos son buenos ejemplos de los razonamientos divergentes que emitió la Corte Constitucional, en relación a la aplicación del Art. 422.

Para dichas peticiones, el Presidente arguye que la competencia para que la Asamblea Nacional apruebe previamente la denuncia de tratados internacionales proviene del numeral séptimo del artículo 419 de la Constitución de la República, que indica que ello procede en los casos en que dichos tratados “atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a organismos internacionales o supranacionales”⁹⁰. Observamos nuevamente la ideología subyugante de que la resolución de las controversias entre Ecuador e inversionistas o Estados Extranjeros, le pertenece a al Estado Ecuatoriano.

Dentro de la argumentación se dice que dichos tratados “contienen cláusulas contrarias a la Constitución y lesivas para los intereses nacionales, como la de someter al Estado ecuatoriano a arbitrajes internacionales para la solución en caso de conflictos relativos a dichos convenios, desconociendo la jurisdicción ecuatoriana”⁹¹. A este respecto, es importante decir que en los Tratados de Inversión, no se desconoce la jurisdicción ecuatoriana ya que, como se ha afirmado en páginas anteriores, la jurisdicción en este tipo de controversias no le pertenece al Estado Ecuatoriano. Por lo tanto, no es posible desconocer una jurisdicción que no posee. Adicionalmente, hay que recordar que al momento de firmar un TBI, el Estado soberanamente decide someter sus posibles controversias a una jurisdicción convencional, la misma que se encuentra reconocida tanto en la Constitución como en la legislación interna del Ecuador; entonces, no es adecuado afirmar que se desconoce un “derecho” cuando las partes han renunciado voluntariamente a este.

⁹⁰ Oficio Número T. 4766-SGJ-09-2216, de 28 de Septiembre de 2009. p. 2

⁹¹ *Ídem.* p. 1.

Se dice además que al resolver las controversias en los Tribunales Internacionales, no se toma en cuenta el derecho interno ecuatoriano, sino que se valora pecuniariamente el concepto de inversión cuando consideran que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido discriminatorias o arbitrarias, o cuando las medidas tributarias han sido consideradas como confiscatorias, desconociendo así el derecho nacional. Sobre este argumento, es importante destacar que un Tribunal Arbitral no deja de reconocer la existencia del derecho interno de los Estados, es más, muchas veces el mismo es analizado para determinar si realmente está o no violando normas de derecho internacional, que en este caso vienen a ser las disposiciones de los Tratados Bilaterales de Inversión además de los Principios Generales del Derecho Internacional de Inversiones. El que un Tribunal llegue a la conclusión de que una medida tomada por el Estado o una actuación del mismo ha perjudicado a un inversionista extranjero, no implica que está invalidando las normas del derecho nacional; lo que se hace es atribuir una consecuencia o imponer una sanción al Estado por haber causado un daño a través del uso de sus potestades soberanas.

En el presente trabajo, se analiza únicamente los dictámenes favorables previos a la aprobación legislativa de la denuncia de los TBIs, sin embargo, vale la pena hacer un inventario del estado de todos los tratados que se mantienen vigentes en el Ecuador. Los tratados cuya denuncia se encuentra aún en trámite son aquellos firmados entre Ecuador y: Alemania, Argentina, Canadá, Estados Unidos, Francia, Reino Unido, Suecia y Suiza. Los Tratados que se encuentran en plena vigencia son aquellos con: Bolivia, España y Perú. Finalmente, ya no se encuentran vigentes los Tratados con: Costa Rica, Cuba, El Salvador, Guatemala, Nicaragua, Panamá, Paraguay, República Dominicana, Rumania, Rusia y Uruguay. El único tratado que ha sido efectivamente denunciado a partir de la petición del Presidente a la Asamblea ha sido el TBI con Finlandia. Otros tratados se mantienen vigentes debido a que la Asamblea no aprobó su denuncia y son los firmados con: Chile, China, Países Bajos y Venezuela. Esto resulta

bastante curioso puesto que, de acuerdo todo el razonamiento realizado por la Corte Constitucional y al inciso segundo del Art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, el dictamen previo es también vinculante para la Función Legislativa, es decir, que la Asamblea debe necesariamente llegar a las mismas conclusiones que se expresen en el mismo. Entonces, ¿por qué si la Corte declaró ya que los tratados con los mencionados países son de hecho inconstitucionales, la Asamblea no aprobó su denuncia?

3.2.2.1. Análisis de la Atribución de Competencia de la Corte Constitucional para emitir dictámenes previos a la denuncia de los TBIs.

Mediante Oficio 4776-SNJ-10-21, de 6 de enero de 2010, el Presidente realiza un pedido a la Corte Constitucional para que emita su dictamen favorable para la denuncia a los Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones, con los mismos argumentos expuestos en el Oficio dirigido al Presidente de la Asamblea Nacional. Para sustentar su pedido, se basa en el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa y el numeral cuarto de la Ley de Garantías Jurisdiccionales.⁹² A partir de ello, la Corte emitió alrededor de 21 pronunciamientos en los que declaró la inconstitucionalidad de Tratados Bilaterales de Protección de Inversiones y dictaminó favorablemente para la denuncia de los mismos. Se hará un análisis a profundidad sobre algunos de estos pronunciamientos, sin embargo, es necesario determinar primeramente la naturaleza jurídica de dichos dictámenes, para lo cual se hace un estudio general sobre la forma en que la Corte Constitucional se atribuye la competencia para emitirlos.

a) Normas Constitucionales

⁹² En breve se analizará si dichas normas le atribuyen efectivamente o no a la Corte Constitucional emitir dictamen favorable previo a la denuncia de los tratados internacionales.

Sobre este punto, vale la pena resaltar el análisis que NEIRA ORELLANA⁹³ hace sobre la posición de la Corte, en el cual afirma que se le está dando una atribución a la Corte Constitucional, que no se encuentra dentro las enumeradas en la Constitución sino que se le hace este pedido en virtud de normas de rango inferior. Efectivamente, el artículo 436 de la Carta Magna enumera las atribuciones conferidas a dicha entidad:

Art. 436.- La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones:

1. Ser la máxima instancia de interpretación de la Constitución, de los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado ecuatoriano, a través de sus dictámenes y sentencias. Sus decisiones tendrán carácter vinculante.

2. Conocer y resolver las acciones públicas de inconstitucionalidad, por el fondo o por la forma, contra actos normativos de carácter general emitidos por órganos y autoridades del Estado. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto normativo impugnado.

3. Declarar de oficio la inconstitucionalidad de normas conexas, cuando en los casos sometidos a su conocimiento concluya que una o varias de ellas son contrarias a la Constitución.

4. Conocer y resolver, a petición de parte, la inconstitucionalidad contra los actos administrativos con efectos generales emitidos por toda autoridad pública. La declaratoria de inconstitucionalidad tendrá como efecto la invalidez del acto administrativo.

5. Conocer y resolver, a petición de parte, las acciones por incumplimiento que se presenten con la finalidad de garantizar la aplicación de normas o actos administrativos de carácter general, cualquiera que sea su naturaleza o jerarquía, así como para el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de protección de derechos humanos que no sean ejecutables por las vías judiciales ordinarias.

6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión.

7. Dirimir conflictos de competencias o de atribuciones entre funciones del Estado u órganos establecidos en la Constitución.

8. Efectuar de oficio y de modo inmediato el control de constitucionalidad de las declaratorias de los estados de excepción, cuando impliquen la suspensión de derechos constitucionales.

9. Conocer y sancionar el incumplimiento de las sentencias y dictámenes constitucionales.

10. Declarar la inconstitucionalidad en que incurran las instituciones del Estado o autoridades públicas que por omisión inobserven, en forma total o parcial, los

⁹³ E. NEIRA ORELLANA. *Posición del Tribunal Constitución frente a los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones*. V Conferencia de Arbitraje Internacional. Quito: 19 de Febrero de 2011. Presentación en manos de la autora.

mandatos contenidos en normas constitucionales, dentro del plazo establecido en la Constitución o en el plazo considerado razonable por la Corte Constitucional. Si transcurrido el plazo la omisión persiste, la Corte, de manera provisional, expedirá la norma o ejecutará el acto omitido, de acuerdo con la ley.

Art. 438.- La Corte Constitucional emitirá dictamen previo y vinculante de constitucionalidad en los siguientes casos, además de los que determine la ley:

1. Tratados internacionales, previamente a su ratificación por parte de la Asamblea Nacional. [...]

Hasta el momento, no se observa ninguna disposición que autorice a la Corte Constitucional a emitir dictámenes sobre la denuncia de tratados internacionales sino únicamente dictámenes previos a su ratificación.

b) Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional

El artículo 436 de la Constitución abre la posibilidad de que la Ley también le otorgue atribuciones a la Corte Constitucional. Así, tenemos a la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que habla acerca de las condiciones y el procedimiento para la declaración de inconstitucionalidad de los Tratados Internacionales, prescritos en los Arts. 107 y siguientes:

Art. 107.- Modalidades de control constitucional de los tratados internacionales.- Para efectos del control constitucional de los tratados internacionales, la Corte Constitucional intervendrá a través de los siguientes mecanismos:

1. Dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa;
2. Control constitucional previo a la aprobación legislativa; y,
3. Control sobre las resoluciones mediante las que se imparte la aprobación legislativa.

Sabemos que la literalidad de las normas es de vital importancia, sobre todo cuando se trata de normas que atribuyen competencias a los distintos órganos de los poderes del Estado, ya que es en la ley en donde nacen y mueren las potestades de los mismos. Por ello, es importante comprender qué significa cada uno de estos numerales.

El numeral primero se refiere a los casos en que, se ponga en duda si para la firma de un Tratado se requiere o no de la aprobación legislativa. En este caso, corresponderá

a la Corte analizar el texto del tratado para dilucidar la materia a que el mismo se refiere, y deliberar de acuerdo con las normas constitucionales.

Respecto del numeral segundo, se sabe que, de acuerdo con la propia constitución, la firma de ciertos tratados internacionales que no depende únicamente de la decisión del Presidente de la República, sino que requieren de aprobación legislativa.⁹⁴ En estos casos, la Corte Constitucional debe asegurarse de que los textos de los Tratados se guarden concordancia con las normas constitucionales antes de que la Asamblea proceda a aprobarlos. Más adelante se analizará los casos en los que se requiere aprobación del Poder Legislativo para la firma de Tratados Internacionales, por el momento, lo importante es saber que se trata de una lista taxativa y redundar en la idea de que se habla de tratados futuros y no de tratados y existentes.

Finalmente, el numeral tercero se refiere a que la Corte debe cerciorarse de que los motivos por los cuales la Asamblea ha decidido aprobar la firma de un tratado internacional, se encuentren regidos por los principios constitucionales. Así, cabe la revisión de la resolución Legislativa mediante la cual se expide la decisión de aprobar la firma del tratado. De nuevo, nada se dice sobre la denuncia de tratados.

El Art. 110 habla de los tratados que son susceptibles de control constitucional y establece en el numeral primero que “los tratados internacionales que requieran aprobación legislativa, tendrán un control automático de constitucionalidad antes de su ratificación, previo a iniciarse el respectivo proceso de aprobación legislativa.” Nuevamente, observamos que se habla de un control de constitucionalidad previo a la ratificación de los tratados.

El Art. 112 por su parte, anuncia que las sentencias y dictámenes correspondientes tienen el mismo efecto que las sentencias de constitucionalidad abstracta en general y que en particular “cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de

⁹⁴ En este punto, es necesario dejar en claro que no es que la Asamblea Nacional es quien va a ratificar el Tratado en nombre de la República del Ecuador, sino que se trata de un paso más dentro del procedimiento para la firma de tratados que está obligado a cumplir el Presidente.

promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional.”⁹⁵ Esta disposición se refiere a una declaratoria de inconstitucionalidad como resultado de la demanda de inconstitucionalidad de un tratado internacional, la cual debe seguir el mismo procedimiento que cualquier norma que forma parte del ordenamiento jurídico ecuatoriano a la cual se acusa de no guardar conformidad con los principios de la Constitución. Pero ello no significa que se le atribuya la facultad de emitir un dictamen previo para la denuncia del tratado sino que ésta, como se desprende del texto de la norma, es más bien un efecto de la declaratoria de inconstitucionalidad. Así, el argumento expuesto por el Presidente en su oficio de petición del dictamen favorable a la Corte respecto de este artículo, obedece a una interpretación errónea del mismo.

Se concluye entonces que, al igual que en la Constitución, en la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional no existe ninguna disposición expresa que autorice a la Corte Constitucional emitir un dictamen previo a la denuncia de un tratado internacional sino únicamente previo a su ratificación.

c) *Ley Orgánica de la Función Legislativa*

En sus El artículo 108 de la Ley de Función legislativa transcribe los casos en que se aprobación de la Asamblea para la firma de Tratados internacionales del artículo 419 de la Constitución, y agrega algunas disposiciones:

Art. 108.- Tratados que requieren aprobación de la Asamblea Nacional.- La ratificación o denuncia de los tratados y otras normas internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:

1. Se refieran a materia territorial o de límites;
2. Establezcan alianzas políticas o militares;
3. Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley;
4. Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución;

⁹⁵ Numeral cuarto del artículo 112 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

5. Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales;

6. Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio;

7. Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional; y,

8. Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.

En todos estos casos, en un plazo máximo de diez días después de que se emita el dictamen previo y vinculante de constitucionalidad expedido por la Corte Constitucional,⁹⁶ la Presidencia de la República deberá remitir a la Asamblea Nacional, el tratado u otra norma internacional junto con el referido dictamen.

En este caso, la Presidenta o Presidente de la Asamblea Nacional, verificará la documentación correspondiente y remitirá el tratado a la comisión especializada, para que en el plazo máximo de veinte días, emita el informe que será puesto a conocimiento del Pleno.

La aprobación de estos tratados requerirá el voto de la mayoría absoluta de las y los miembros de la Asamblea Nacional.

Como se puede observar, la norma es taxativa dentro de la enumeración de los casos en los cuales se requiere la aprobación previa de la Asamblea Nacional para la firma de Tratados Internacionales, dentro de la cual no se encuentran los Tratados Bilaterales de Inversión. En este sentido, dentro de los dictámenes emitidos por la Corte, la misma ha hecho interpretaciones de este artículo para justificar su revisión; sin embargo, no existe unanimidad sobre a qué numeral se ajustan los Tratados de Protección de Inversiones. En ocasiones, ha dicho que son tratados que comprometen la política económica del Estado, otras veces dijo que son tratados de integración y comercio, y otras que otorgan jurisdicción propia del Estado a órganos supranacionales.

En el dictamen de inconstitucionalidad del Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá para el Fomento y la Protección Recíproca de Inversiones la Corte concluye que:

[...] del minucioso estudio y revisión del *Convenio* en mención y particularmente de su Preámbulo, se tiene que el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno del Canadá suscribieron dicho instrumento “(...) a fin de crear condiciones favorables para inversiones de un inversionista de una Parte Contratante en el territorio de la otra Parte Contratante. Reconociendo que el fomento y la protección de dichas inversiones sobre la base de una convención será

⁹⁶ El resaltado es mío.

conducente a estimular las iniciativas económicas y privadas y aumentará la prosperidad de ambos Estados”, es decir, dicho objetivo, para el caso ecuatoriano, se encuadra en aspectos económicos del Estado vinculados al Plan Nacional de Desarrollo; razón por la cual, reiteramos que el *Convenio entre el Gobierno del Ecuador y el Gobierno de Canadá*, se encuadra en el acápite 5 del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, por lo que corresponde emitir *dictamen* de constitucionalidad previo y vinculante a la *denuncia* de dicho Instrumento [...]⁹⁷

Al revisar el texto del numeral quinto del artículo 108 se observa que se requiere aprobación legislativa para los tratados que “comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.” La argumentación de la Corte no es muy convincente, en el sentido de que el hecho de que un tratado tenga implicaciones económicas y que en los considerandos se proponga como objetivo ideal de la protección y promoción de inversiones el lograr un desarrollo económico, no implica necesariamente que sus disposiciones estén sometiendo la política económica del Ecuador a las condiciones de empresas transnacionales. De hecho, el TBI se firma entre dos Estados y no directamente con los inversionistas, lo que significa que al contratar con los particulares, el Estado ecuatoriano puede negociar las condiciones del mismo.

Por otro lado, es interesante también la reflexión que hace el Pleno de la Corte Constitucional en su dictamen acerca del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República de Chile para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones, en el cual reconoce que la Constitución no le faculta para emitir dictámenes previos a la denuncia de tratados internacionales. Así, afirma que:

El artículo 438 de la Constitución de la República ordena que la Corte Constitucional deberá emitir dictamen previo y vinculante de constitucionalidad de los instrumentos internacionales que requieran de aprobación de la Asamblea Nacional (ratificación), **y no establece que se requerirá un dictamen previo en relación a la denuncia de los tratados; sin embargo, bajo el principio de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen, es necesario que, para que un instrumento internacional sea eliminado de la vida jurídica interna del Estado, la Corte se**

⁹⁷ Corte Constitucional. Dictamen. No. 035-10-DTI-CC, Caso No. 0003-10-TI, del 7 de Octubre de 2010. pp. 21-22.

pronuncie al respecto, precautelando el orden constitucional y manteniendo un bloque de constitucionalidad uniforme, para lo cual, sea en el caso de incorporación de un instrumento internacional al ordenamiento interno o en el caso de la finalización de la vigencia de uno, se emitirá el dictamen de constitucionalidad por parte de la Corte Constitucional.⁹⁸

Esta afirmación, violenta abiertamente el principio de legalidad, dado que un órgano jurisdiccional no puede arrogarse funciones en virtud de un “principio de que en derecho las cosas se deshacen como se hacen” sino que sus facultades derivan expresa y exclusivamente de la Constitución y la Ley. Es curioso ver cómo el máximo órgano interpretador de la Constitución, el cual fue creado para salvaguardar todas las disposiciones de la Carta Magna, es el primero en desconocer todos los principios consagrados en ella y proceder a emitir una resolución para cuya facultad no existe norma constitucional alguna y por lo tanto, es una auto atribución de funciones.

La Corte también se atribuye la competencia para resolver el presente caso, basándose en el numeral séptimo del Art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, tal y como lo afirmó el Presidente en su pedido, el cual establece que se requiere de aprobación legislativa en los casos en que los tratados internacionales “atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional”. Entonces, en este caso, la Corte Considera que el Tratado Bilateral de Inversiones, otorga facultades propias del Estado ecuatoriano a un organismo internacional.⁹⁹

A pesar de que el Art. 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa efectivamente manda a que se expida un dictamen previo y vinculante de constitucionalidad tanto para los casos de aprobación como de denuncia de tratados internacionales, el resto del texto legal regula únicamente el supuesto para la aprobación de tratados y no para su denuncia. Esta laguna legal ha dado cabida para diversas

⁹⁸ Corte Constitucional. Dictamen No. 038-10-DTI-CC, Caso No. 0010-10-TI, del 11 de Noviembre del 2010, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 331 del 30 de Noviembre del 2010. p. 10. Las negrillas son mías.

⁹⁹ El mismo argumento se utilizó para el dictamen favorable a la denuncia de otros tratados, como por ejemplo, el que mantenía Ecuador con Suiza.

interpretaciones acerca de cómo se debe hacer el dictamen previo a la denuncia. La laguna se ha “solucionado” con la expedición del artículo 71 numerales 2 y 3 del Reglamento de sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, el cual por cierto, fue emitido por la propia Corte Constitucional el 10 de Febrero de 2010¹⁰⁰. La norma reza:

2. En caso de requerir aprobación legislativa, la Corte Constitucional efectuará el control automático, mediante dictamen, para lo cual, el Pleno de la Corte dispondrá la publicación del tratado internacional, de conformidad con lo establecido en el artículo 111 literal b) de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y de Control Constitucional y remitirá el expediente al juez ponente designado, quien presentará el proyecto de dictamen para conocimiento y resolución del Pleno, dentro del término de quince días contados a partir de la finalización del término de diez días de la publicación en el Registro Oficial.

3. El control previo de constitucionalidad de las denuncias de los tratados de que trata el artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, se sujetará a lo dispuesto en el numeral anterior.

La presente disposición, si bien otorga, aparentemente, la autoridad a la Corte para controlar previamente la constitucionalidad de las denuncia de los Tratados Internacionales y prevén ya una especie de procedimiento para ello, lleva necesariamente al cuestionamiento de la legitimidad y legalidad de la misma, ya que en un Estado de Derecho, la potestad reglamentaria le pertenece únicamente a la Función Ejecutiva, obedeciendo al principio de Separación de Poderes. Mas aún, dicha norma parece haber sido emitida expresamente para justificar la emisión de los dictámenes de constitucionalidad solicitados con poca anterioridad a la Corte.

Una vez analizada la competencia con la que la Corte se permite dictaminar previamente a la aprobación legislativa para la denuncia de los Tratados, se pasará a analizar también algunos de los razonamientos de fondo para declarar que son contrarios a la Constitución. Los siguientes tres dictámenes marcan las líneas generales de la lógica utilizada en todos los casos.

¹⁰⁰ Corte Constitucional, Resolución 0, Publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 127 del 10 de febrero de 2010. Cabe destacar que el pedido del Presidente llegó a la Corte el 6 de enero del mismo año.

3.2.2.2. *Análisis del Dictamen sobre el Tratado con Estados Unidos.*

Mediante Decreto Ejecutivo No. 3143 del 13 de Octubre de 1995, se ratificó el Tratado entre la República del Ecuador y Los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones¹⁰¹. Este tratado se encuentra dentro de la lista presentada por el Presidente de la República a la Asamblea Nacional para que apruebe su denuncia, y a la Corte Constitucional para que emita el dictamen previo a la aprobación legislativa. Así, la Corte inicia el proceso de revisión de la constitucionalidad del tratado en mención. Para el efecto, anuncia que su competencia proviene del numeral tercero del artículo 71 del Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional, el mismo que se remite al artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa que enumera los casos en que se requiere aprobación legislativa previa a la denuncia de Tratados Internacionales. El pleno encontró que para el presente caso era necesaria la aprobación legislativa, y por tanto un dictamen previo de constitucionalidad, por ajustarse al numeral sexto del artículo 180. Así, afirma que:

[...] el contenido del instrumento internacional objeto de control previo a su denuncia, hace referencia a la promoción de mayor cooperación económica, tratamiento de inversiones como estímulo para el flujo de capital privado, garantizar un tratamiento justo y equitativo a las inversiones, garantizar el derecho laboral de los trabajadores y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En aquel sentido, este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio [...]¹⁰²

Este no es el único caso en el que la Corte justifica su competencia en base al numeral sexto del artículo *in comento*. En este sentido, es destacable el dictamen de la Corte sobre la constitucionalidad del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República del Finlandia sobre la Promoción y Protección de Inversiones, en el cual expresa que:

¹⁰¹ Suscrito el 27 de Agosto de 1993.

¹⁰² Corte Constitucional. Dictamen No. 043-10-DTI-CC, Caso No. 0013-10-TI, del 25 de Noviembre de 2010. p. 11.

[...] corresponderá a la Corte Constitucional determinar si para la denuncia de este instrumento internacional, éste se encuentre dentro de los casos que requieren aprobación previa por parte de la Asamblea Nacional; en aquel sentido se determina que el “*Convenio[...]*” se enmarca dentro de los casos contemplados en los artículos 419 numeral 6 de la Constitución, y 108, numeral 6 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, es decir, que: “*comprometen al país en acuerdos de integración y de comercio*”; [...] En la especie se determina que el contenido del instrumento internacional, objeto de control previo a su denuncia, hace referencia al fomento tratamiento, protección de las inversiones, libres transferencias y solución de controversias entre las partes; es decir, temáticas asociadas al comercio internacional. En aquel sentido este instrumento internacional compromete al país en un acuerdo de comercio, justificándose la necesidad de requerir la aprobación legislativa previa a la denuncia.¹⁰³

En el dictamen se hace un análisis de cada uno de los artículos del Tratado Bilateral de Inversiones. En su mayoría y respecto de los temas de fondo del acuerdo, se encuentra que las disposiciones del mismo guardan absoluta concordancia con los principios y normas constitucionales. Sin embargo, el problema llega al analizar los artículos VI y VII, que hablan de los métodos de resolución de controversias; el artículo VI establece que cuando surja una diferencia en materia de inversión entre el Estado receptor y un nacional del otro Estado contratante, el inversionista extranjero podrá optar por someter el caso a los tribunales internos del Estado Receptor o a un arbitraje obligatorio, siempre que hayan pasado seis meses desde el inicio de la controversia. Esto se llevará a cabo en el caso de no haber obtenido resultados en las consultas y negociaciones realizadas, previamente. El artículo VII establece que si surgen controversias entre las Partes Contratantes del Tratado acerca de la interpretación o aplicación del mismo, y las mismas no pudieron ser mediante consultas o vías diplomáticas, se someterán a un tribunal de arbitraje conforme las normas de arbitraje de la CNUDMI.¹⁰⁴

Respecto de estos dos artículos, la corte emite el siguiente razonamiento:

Así las cosas, la Corte encuentra que ambos artículos atentan a la disposición constitucional contenida en el artículo 422, que determina que: “*No se podrá celebrar*

¹⁰³ Corte Constitucional. Dictamen No. 026-10-DTI-CC, Caso No. 0001-10-TI, del 29 de julio del 2010. p. 19

¹⁰⁴ Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección Recíproca de Inversiones. *Op. Cit.*

tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje comercial internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas”

Como podemos observar y conforme se desprende del informe aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 25 de marzo del 2010, el presente instrumento se encasilla dentro de las cuales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y , en la especie, en su numeral 6, ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de inversiones.¹⁰⁵

Con estos pronunciamientos, la Corte reiteradamente confunde lo que son los Tratados Bilaterales de Inversiones, con los Tratados de Comercio. No es intención del presente trabajo entrar en un análisis detallada de las características de cada uno de estos tratados, sin embargo, es importante mencionar que existen dos grandes diferencias entre estos: La primera diferencia es que los Tratados de Comercio tratan sobre normas de Derecho Internacional Público, ya que se refieren, entre otras cosas, a temas arancelarios para el intercambio de bienes y servicios entre dos estados, mientras que los Tratados Bilaterales de Inversión, tratan de una materia especializada que es el área de las inversiones internacionales, que es diferente del Derecho Internacional Público aunque se relacione con él. La Segunda diferencia es que en los Tratados de Comercio, únicamente los Estados pueden ser sujetos de derecho y por lo tanto solo ellos pueden realizar reclamaciones judiciales; no así en los Tratados Bilaterales de Inversión se les da *ius standi* (derecho a acceder a los tribunales como parte) a los inversionistas, ya no solo a los Estados.

Adicionalmente, la Corte equipara abiertamente los conceptos de comercio e inversión lo cual es completamente erróneo. Anteriormente se ha hecho una breve distinción entre estos dos conceptos, dejando en claro que, a pesar de que no existe una definición unánime de lo que es una inversión, sí hay criterios guías muy claros para distinguir entre los dos. De esta manera, se concluye que la interpretación que hace la Corte del artículo 422 es totalmente incorrecta. Como se demostró en el primer

¹⁰⁵ Corte Constitucional. Dictamen No. 043-10-DTI-CC, Caso No. 0013-10-TI, del 25 de Noviembre de 2010. p.13.

apartado de este capítulo, el artículo no alcanza a las disputas derivadas de tratados de inversión sino únicamente a las controversias contractuales o de índole comercial, por lo tanto, en realidad los artículos VI y VII del TBI con Estados Unidos no son inconstitucionales.

Por hacer referencia a los artículos encontrados inconstitucionales, se declara también que los literales a, b y c del numeral segundo del artículo del Tratado también contradicen al artículo 422 de la Constitución al establecer que:

2. No obstante, las disposiciones del presente Tratado, especialmente los Artículos VI y VII del mismo, se aplicarán a cuestiones tributarias solamente con respecto a:

- a) La expropiación, de conformidad con el Artículo III;
- b) Las transferencias, de conformidad con el Artículo IV,
- c) La observancia y el cumplimiento de los términos de un acuerdo o autorización en materia de inversión, tal como se menciona en el inciso a) o el inciso b), en la medida en que estén sujetas a las disposiciones sobre la solución de diferencias de un Convenio para evitar la doble imposición tributaria concertado entre las dos Partes, o que se hayan suscitado de conformidad con dichas disposiciones y no se hayan resuelto en un plazo razonable.

La para finalizar el análisis, la Corte considera que “no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional”¹⁰⁶. Al respecto, hay que destacar que no es posible denunciar solamente una parte del tratado ya que el mismo debe ser considerado como un “todo”. Si el Gobierno llegare a considerar que ciertos artículos del tratado no son válidos o no son convenientes para el Estado, se debe denunciar la totalidad del tratado o renegociar las cláusulas conflictivas.

En resumen, en este dictamen la Corte confunde reiteradamente a los Tratados Bilaterales de Inversión con los Tratados de Comercio, lo cual constituye un error técnico jurídico grave. Por otro lado, interpreta erróneamente la Constitución al declarar que los artículos VI y VII del TBI son contradicen al Art. 422 dado que ha quedado demostrado que la prohibición alcanza solamente a las controversias

¹⁰⁶ Corte Constitucional. Dictamen No. 043-10-DTI-CC, Caso No. 0013-10-TI, del 25 de Noviembre de 2010. p. 15.

contractuales y comerciales, no a las controversias de inversión que son el tipo de controversias para las que los artículo del TBI prevén arbitraje internacional.

El razonamiento utilizado para la declaración de inconstitucionalidad de los Tratados de Inversión, no es el mismo para todos los casos. En el caso expuesto arriba, básicamente se declara la contradicción con la Constitución por encontrar que el tratado versa sobre asuntos “relacionados con el comercio internacional como lo es la inversión”, sin embargo, para los tratados con otros países el razonamiento es distinto. En seguida, el análisis de los dictámenes sobre los Tratados con Reino Unido y Francia, que también contienen consideraciones diferentes entre sí además de la diferencia con el de Estados Unidos.

3.2.2.3. Análisis del Dictamen sobre el Tratado con Reino Unido

De nuevo, la Corte justifica su competencia en virtud del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, aduciendo que el Convenio entre el Gobierno del Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte y el Gobierno de la República del Ecuador para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones encuadra en el numeral 7, es decir, la Corte entiende que el mencionado Convenio es de aquellos que “atribuyen competencias propias del orden jurídico internos a un organismo internacional o supranacional”. El mismo argumento se utilizó en para el dictamen sobre el Tratado con la República de Chile, como se observó anteriormente. Se redunda en la afirmación ya demostrada de que el conocimiento de las controversias suscitadas entre el Estado y un particular, no le pertenece a los tribunales ecuatorianos.

Adicionalmente se hace una remisión al artículo 112 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, que señala que cuando se declare inconstitucional un tratado ya ratificado, el Estado debe denunciarlo, renegociarlo o enmendar la constitución. Se ha expresado ya que dicha disposición se refiere a la consecuencia de que, luego de una demanda de inconstitucionalidad, se

encuentre que dicho tratado se contrapone con la constitución, pero no es una norma de atribución de competencia para la Corte Constitucional para emitir dictámenes previos a la denuncia. Es distinto que se denuncie un tratado en virtud de una sentencia de inconstitucionalidad, a que se emita un dictamen de inconstitucionalidad de un tratado previo a su denuncia; en el primer caso, la denuncia es una consecuencia de la resolución de la Corte Constitucional, mientras que en el segundo es la causa de la emisión de la misma.

Para realizar emitir el dictamen, la Corte se remite a algunos “criterios doctrinarios que dan sustento a la denuncia de los tratados internacionales”¹⁰⁷. Dentro de los criterios tomados en cuenta, se inicia con una reflexión acerca del principio de igualdad soberana de los estados y de la necesidad de respetar los ámbitos de la soberanía e independencia de los Estados para la determinación de las obligaciones y los límites que impone el Derecho Internacional. Anota también en que manifestación más importante de la soberanía en las relaciones internacionales es “la capacidad de los Estados para obligarse con otros y empeñar su responsabilidad internacional en caso de incumplimiento”¹⁰⁸. En este sentido, HERDEGEN afirma que:

Todos los Estados gozan de Igualdad Soberana. Tienen Iguales derechos e iguales deberes y son por igual miembros de la comunidad internacional, pese a las diferencias de orden económico, social, político o de otra índole.

En particular, la igualdad soberana comprende los elementos siguientes:

- a) los Estados son iguales jurídicamente;
- b) cada Estado goza de los derechos inherentes a la plena soberanía;
- c) cada Estado tiene el deber de respetar la personalidad de los demás Estados;
- d) la integridad territorial y la independencia política del Estado son inviolables;
- e) cada Estado tiene el derecho de elegir y llevar adelante libremente su sistema político, social, económico y cultural;
- f) cada Estado tiene el deber de cumplir plenamente y de buena fe sus obligaciones internacionales y de vivir en paz con los demás estados.¹⁰⁹

¹⁰⁷ Corte Constitucional. Dictamen No. 020-10-DTI-CC, Caso No. 0008-10-TI del 25 de Junio de 2010.

¹⁰⁸ Corte Constitucional. Dictamen citado. p. 15.

¹⁰⁹ M. HERDEGEN. *Derecho Internacional Público*. México: UNAM y Fundación Konrad Adenauer, 2005. p. 245.

Esta alusión al concepto de soberanía y de igualdad soberana refleja la ideología política subyacente en el partido de gobierno y, por consiguiente, en la Constitución de la República, que en repetidas ocasiones proclama la soberanía del Estado ecuatoriano e impone como uno de sus deberes primordiales el promover y defender la soberanía nacional.¹¹⁰ La Corte entiende que “el ordenamiento jurídico internacional reconoce la capacidad [de los] Estados para ejercer sus competencias soberanas [...] y ello como notas expresivas de la no subordinación del poder estatal a ninguna otra autoridad, sin su consentimiento.”¹¹¹ Aquí, la clave estaría en que se comprenda realmente que el someterse a una autoridad distinta de la de los Tribunales Nacionales, no implica una renuncia a la soberanía del Ecuador sino que es una manifestación de la misma, como se desprende del mismo texto citado por la Corte con la expresión “sin su consentimiento”; lamentablemente, a lo largo de su razonamiento, llega a la conclusión contraria.

Más adelante, se hace un breve acercamiento a la naturaleza de los Tratados Internacionales y precisa que existen dos tipos de tratados; los contractuales, que “llevan implícita la obligación mutua que tienen los Estados de dar y recibir, lo cual constituye la evidencia de su soberanía” y los legisladores que “establecían normas convencionales generales que regían a la sociedad internacional, distinción que se refiere al contenido de los tratados, no a su forma”.¹¹² Posteriormente relaciona con los tratados a los Principios Generales de Derecho Internacional, y en relación al fundamental principio del *pacta sunt servanda*, aclara que no es un principio absoluto ya que tiene varias excepciones, entre esas la cláusula *rebus sic stantibus* o cambio fundamental de circunstancias. Respecto de esta cláusula, el artículo 62 de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice:

¹¹⁰ Por ejemplo: Art. 276.- El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos: 5. **Garantizar la soberanía nacional**, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial. (Las negrillas son aumentadas)

¹¹¹ M. DIEZ DE VELASCO. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. Madrid: Ed. Tecnos, 2005. p. 393. Citado en el dictamen ya citado, p. 16.

¹¹² M. Diez de Velasco. *Op. Cit.* p. 17.

- Art. 62.-** Cambio fundamental en las circunstancias
1. Un cambio fundamental en las circunstancias ocurrido con respecto a las existentes en el momento de la celebración de un tratado y que no fue previsto por las partes no podrá alegarse como causa para dar por terminado el tratado o retirarse de él, a menos que:
 - a) La existencia de **esas circunstancias constituyera una base esencial del consentimiento de las partes en obligarse por el tratado; y,**
 - b) **Ese cambio tenga por efecto modificar radicalmente el alcance de las obligaciones que todavía deban cumplirse en virtud del tratado.**¹¹³
 2. Un cambio fundamental en las circunstancias no podrá alegarse como causa para dar por terminado un tratado o retirarse de él:
 - a) Si el tratado establece una frontera; o,
 - b) Si el cambio fundamental resulta de una violación, por la parte que lo alega, de una obligación nacida del tratado o de toda otra obligación internacional con respecto a cualquier otra parte en el tratado.
 3. Cuando, con arreglo a lo dispuesto en los párrafos precedentes, una de las partes pueda alegar un cambio fundamental en las circunstancias como causa para dar por terminado un tratado o para retirarse de él, podrá también alegar ese cambio como causa para suspender la aplicación del tratado.

Como se desprende del texto de la Convención y del propio análisis de la Corte, la regla general para la alegación del cambio fundamental de circunstancias se encuentra en negativo, es decir, que **las partes no pueden alegar un cambio fundamental de circunstancias como justificación para la denuncia de un tratado;** sin embargo, hay dos escenarios dentro de los cuales es lícito denunciar un tratado cuando una de las partes se enfrenta a esta realidad: el primero es que la existencia de estas circunstancias haya sido una base esencial para el consentimiento de las partes para obligarse en el tratado. Esto quiere decir que el contexto bajo el cual fue firmado el tratado en primera instancia, era uno de los motivos principales para hacerlo y que la realidad del Estado que alega el cambio fundamental se ha modificado de tal forma que de no haberse presentado la oportunidad para firmar el tratado en el pasado sino que se presentara en ese presente, el Estado no lo hubiese ratificado. El segundo escenario es que el cambio de circunstancias tenga por efecto la modificación **radical** del alcance de las obligaciones que faltan cumplirse del contrato. Es decir, que no basta con que las

¹¹³ Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados, publicada en el Registro Oficial No. 6 del 28 de abril del 2005. Las negrillas son aumentadas.

circunstancias hayan cambiado de forma considerable y que por ese cambio se puedan afectar algunas de las obligaciones no cumplidas aún que se contrajo en el tratado, sino que debe tratarse de una afectación grave, casi extrema a dichas obligaciones. Es importante subrayar que el uso de la conjunción copulativa “y” indica que ambos escenarios deben concurrir, es decir, que deben presentarse ambos mismo tiempo. Por lo tanto, si solamente se cambian las circunstancias radicalmente pero dicho cambio no afecta gravemente al cumplimiento de las obligaciones del tratado, no se puede alegar este cambio para darlo por terminado.

Ya en el caso concreto, en relación a este tema, la Corte expresó lo siguiente:

El Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Reino Unido de Gran Bretaña e Irlanda del Norte para el Fomento y Protección de Inversiones fue [ratificado el] 21 de Agosto de 1995, es decir, cuando se encontraban vigentes las codificaciones de la Constitución de 1993 y de 1997 en las cuales no existía la prohibición de celebrar el referido tratado, por el cual el Ecuador se somete a la jurisdicción y competencia de tribunales arbitrales [...]

A partir del 20 de Octubre del 2008 entró en vigencia la nueva Constitución de la República; se inscribe en el ámbito de la corriente constitucionalista latinoamericana que defina el Estado como constitucional de derechos y justicia, estructurado ya no para servir intereses económicos hegemónicos, sino priorizando un eje social que tiene como su vértice al ser humano mirado desde su diversidad y vulnerabilidad. Deja atrás una concepción del Estado que se definía como social de mercado, impartía políticas neoliberales en la que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía en el manejo de los mecanismos alternativas de solución de conflictos. En consecuencia, han cambiado sustancialmente las circunstancias que si bien hicieron posible hace 16 años la suscripción del Convenio materia de estudio, actualmente asistimos a un cambio fundamental con la entrada en vigor de la nueva Ley Fundamental [...]

En el presente caso, el contenido de los artículo 8 y 9 del Convenio [...], somete al Ecuador a un tribunal arbitral ad-hoc, para la resolución de controversias surgidas con un inversionista (persona natural o jurídica) que tenga la nacionalidad del Reino Unido de Gran Bretaña, lo que implica renunciar a la “Jurisdicción del Estado”, considerada como una de las manifestaciones más importantes de la soberanía territorial, y que se refiere a la administración de justicia por tribunales del Estado.¹¹⁴

Respecto del criterio emitido por la Corte para el presente caso, y que en general se resume en las líneas transcritas arriba, es necesario realizar algunos comentarios. En cuanto a la mención de cambio de circunstancias, se vio que hay dos elementos que

¹¹⁴ Dictamen citado, pp. 25-27.

deben concurrir para que en efecto un cambio de circunstancias pueda ser causa para dar por terminado el tratado. En el caso concreto, la Corte aduce que el cambio fundamental de circunstancias producidas en el Ecuador ha sido la entrada en vigencia de una nueva Constitución, que prohíbe que se firmen nuevos tratados internacionales donde el Estado ecuatoriano ceda su jurisdicción soberana. Ahora, es necesario analizar si el contexto bajo el cual se ratificó el Convenio entre Ecuador y Reino Unido para la Promoción y Protección de Inversiones fue causa fundamental para su firma, y si el cambio constitucional tiene como efecto la afectación radical a las obligaciones presentes en el mismo. Evidentemente, las constituciones de 1993 y 1997 no contenían prohibición alguna para que el Estado se someta a arbitraje internacional. El preámbulo del Tratado Bilateral de Inversiones es bastante corto, pero muy conciso y refleja claramente el objeto y la intención de las partes que es “crear condiciones favorables para una mayor inversión de nacionales y compañías de un Estado en el Territorio del otro Estado”¹¹⁵. Para la consecución de este fin, se hacen algunas definiciones acerca de lo que debe entender por inversión y ejemplos de lo que pueden constituirlo, se clarifica quiénes pueden ser considerados nacionales y se establecen diversos estándares de protección para los inversionistas; tales como el trato nacional, el trato justo y equitativo, no discriminación, la compensación por pérdidas y la no expropiación.

Éstas son las obligaciones adquiridas por los dos Estados contratantes en virtud del tratado y las cuales cada uno se compromete a respetar y fomentar y son éstas las obligaciones que el cambio fundamental de circunstancias debería afectar radicalmente. Las cláusulas de resolución de controversias, proveen una serie de opciones como remedio en el caso de que los estándares de protección sean violados por cualquiera de las partes, lo que constituiría una violación a las obligaciones contraídas en el tratado, mas no son la esencia del tratado, y menos aún, la obligación de someterse a arbitraje en caso de controversias no constituye una obligación principal del Tratado de Inversiones. La propia Corte encuentra a todos los artículos relacionados con los

¹¹⁵ Texto del Convenio citado, p. 1.

estándares de protección de inversiones completamente armónicos con la Constitución, y únicamente los artículos relacionados con la solución de controversias contradictorios con el artículo 422. En consecuencia, se evidencia que la cláusula del *rebus sic stantibus* no se aplica para este caso, debido a que, aún en el supuesto de que se aceptara que el surgimiento de un artículo en la Constitución conforme un cambio esencial de circunstancias lo cual es muy discutible de todas maneras, dicho cambio no afecta radicalmente a las obligaciones contraídas en el Convenio. La Corte incurre en un error al afirmar que

El hecho más relevante subyacente en los TBI, se refiere al procedimiento de solución de controversias Inversionista-Estado, en el cual se adopta la modalidad de “arbitraje” en cortes extranjeras. Esta cláusula pone en el mismo nivel a estos dos actores y posibilita algo impensable en otros tiempos que una “persona jurídica”, en este caso las corporaciones transnacionales, puedan demandar a un Estado Nacional. [...] Estas cortes son de carácter privado y por tanto no responden a un interés colectivo.

Hay que destacar que el arbitraje internacional no se lleva a cabo en “cortes extranjeras” sino que son sedes arbitrales que, si bien se encuentran en otros países, no se someten en general a las normas sustantivas de dichos países. Menos aún si se tratara de un arbitraje CIADI, donde se tienen incluso normas propias para la ejecución de los laudos, que no corresponden a ninguno de los países involucrados. En todo caso, si la Corte Considera que un arbitraje que tenga lugar en otro país no es correcto por tratarse de una “corte extranjera”, ¿será que eventualmente se pronunciará en el mismo sentido sobre las nuevas cláusulas arbitrales de los contratos administrativos que ponen como cede a Chile o México? Por otro lado, hay que decir que estas “cortes” de arbitraje se crean para solucionar controversias concretas, es por ello que velan por los derechos y obligaciones de cada una de las partes, sea el Estado o el particular; para hacerlos respetar y resarcir los daños provocados a la otra parte si es el caso. Un tribunal arbitral no tiene porqué responder a intereses colectivos, ya que la colectividad no está inmersa en el problema, de la misma manera en que un juez ordinario de lo civil, en un juicio por daños y perjuicios por ejemplo, no tiene que velar por el interés colectivo. Si bien

es cierto que el Estado estaría involucrado en el arbitraje, y que puede ser que un laudo condenatorio pueda afectar a la colectividad de dicho estado, ello no se debe a que el Tribunal sea privado, sino a que se encontró un incumplimiento o una violación a las obligaciones que soberanamente contrajo y debe responsabilizarse por ello. Así, si la colectividad se ve afectada porque el Estado tiene que pagar una indemnización a un particular por mandato de un tribunal arbitral reduciendo el presupuesto estatal para otro tipo de obras, ello no es problema del arbitraje internacional sino que es la consecuencia del incumplimiento del Estado.

En segundo lugar, es necesario hacer mención del evidente tinte político que contiene la opinión de la Corte. La referencia la nueva definición del Estado como de derechos y justicia y la alusión de que las constituciones anteriores estaban estructuradas para “servir a intereses económicos hegemónicos” y que “impartía[n] políticas neoliberales en las que se imponían reglas como la libre competencia, la pérdida de autodeterminación en el manejo de los recursos y la cesión de soberanía”, reflejan de forma cristalina la nueva ideología gubernamental sobre el Socialismo del Siglo XXI y la Revolución Ciudadana. Hay que decir que los Magistrados de la Corte Constitucional están en total libertad de adecuarse a la corriente política con la que más se identifique y tienen todo el derecho de expresar lo que piensan en su ámbito personal. Sin embargo, es completamente inadecuado que se realicen comentarios de naturaleza abiertamente política dentro de un dictamen de constitucionalidad que debe responder únicamente a criterios jurídicos.

Finalmente, de nuevo se observa la errónea percepción de que el sometimiento a Tribunales Arbitrales Internacionales implica una cesión de soberanía jurisdiccional, cuando ha quedado ampliamente demostrado que es lo contrario, pues dicho sometimiento lo hace el Estado en pleno ejercicio de su soberanía y de su facultad para obligarse mediante tratados internacionales. Adicionalmente, también ha quedado demostrado que la jurisdicción en esta materia no le pertenece al estado ecuatoriano,

por tanto, el presente caso tratado no se encuadra dentro del numeral séptimo del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa.

Cabe también realizar algunos comentarios sobre ciertas imprecisiones en las que incurre la Corte al expresar sus criterios justificativos para la declaración de inconstitucionalidad. En primer lugar, hay una grave confusión entre lo que es un contrato internacional y un tratado internacional:

[...] los denominados Tratados Bilaterales de Inversión [...] los cuales constituyen un tipo especial de contrato suscrito entre dos estados para asegurar una efectiva protección al inversionista extranjero por parte del Estado receptor, y de esta forma promover las inversiones en dicho país dentro de un marco legal estable, y que en la práctica ha significado que los beneficios vayan en gran medida a los países inversionistas o de origen de los capitales.¹¹⁶

Hay una diferencia sustancial entre el Contrato Internacional y el Tratado Internacional, empezando por el hecho de que cuando el Estado firma un Contrato, generalmente se somete a su propio régimen de derecho privado o al de otro Estado, mientras que en un Tratado se somete a las normas y principios del Derecho Internacional. Así, el artículo 2.1. literal a) de la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados dice que “se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular.”¹¹⁷ Siguiendo a Diez de Velasco:

Esta definición limita la *aplicación de la Convención* a los acuerdos concertados: 1) en forma *escrita*, ya sea en un instrumento único o en varios conexos; 2) *entre Estados* [...]; 3) y regidos por el D.I., pero *sin que importe la denominación que reciban* (Acuerdo, Convención, Carta, Compromiso, Concordato, *Modus Vivendi*, Pacto, Protocolo, Estatuto, etc.).

Pero como el art. 3 prevé que la no aplicación del Convenio a los acuerdos celebrados en forma no escrita o entre Estados y otros sujetos de D.I. no afecta al valor jurídico de tales acuerdos, podemos considerar acuerdos internacionales a:

a) los concertados entre Estados, entre Estados y otros sujetos de D.I. (por ejemplo organizaciones internacionales) o entre otros sujetos entre sí (por ejemplo entre organizaciones internacionales). Por el contrario no son acuerdos nacionales los concluidos entre personas privadas (individuos, organizaciones no gubernamentales, sociedades y asociaciones) o entre Estados y personas privadas [...].

¹¹⁶ Corte Constitucional. Dictamen citado. p. 24

¹¹⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Publicada en el Registro Oficial No. 6 del 28 de abril del 2005.

b) los concertados en cualquier forma o bajo cualquier denominación, siempre que supongan un *acuerdo de voluntades entre sujetos de Derecho Internacional y regido por el Derecho Internacional*. Lo que caracteriza a un tratado es la naturaleza del acto o transacción contenida en el mismo y no su forma [...].¹¹⁸

Del texto citado se pueden desprender dos aspectos fundamentales para reconocer a un Tratado Internacional y a la vez, para diferenciarlo de un Contrato Internacional. En primer lugar, el Tratado siempre se firma entre Sujetos de Derecho Internacional¹¹⁹ y no con sujetos privados, como puede suceder en un Contrato Internacional. Y en segundo lugar, el tratado se rige siempre por normas de Derecho Internacional, no así en los Contratos Internacionales, que bien pueden regirse por normas establecidas en Tratados Internacionales, o pueden regirse por uno o más ordenamientos jurídicos de los Estados.¹²⁰ Recordemos la definición clásica de “Contrato o convención es un acto por el cual una parte se obliga para con otra a dar, hacer o no hacer alguna cosa. Cada parte puede ser una o muchas personas”¹²¹ y lo que lo hace internación es la existencia de uno o más elementos extranjeros.

Además de la grave confusión entre Contrato y Tratado Internacional, la Corte asevera que los Tratados de Inversión prácticamente han beneficiado solo a los países inversionistas, implicando así que Ecuador no se ha beneficiado de dichos acuerdos. Ello no es necesariamente cierto puesto que el Estado receptor también se puede beneficiar de la inversión realizada, empezando con la inyección del capital extranjero al país, hasta la generación de plazas de trabajo y muchos casos ingresos fiscales también.

¹¹⁸ M. DIEZ DE VELASCO. *Op. Cit.* p. 153 y 154.

¹¹⁹ Al decir sujetos de Derecho Internacional debe entenderse la definición clásica de esta expresión, es decir, Estados y Organizaciones Internacionales, mas no se debe incluir a las personas privadas que tienen *ius standi* en el Derecho Internacional de las Inversiones puesto que se trata un caso excepcional y se las considera como tales para efectos del arbitraje internacional mas no para efectos de firma de tratados internacionales. Es entonces completamente válida la afirmación de que un acuerdo entre un particular y un Estado no puede ser considerado un internacional, y así lo ha afirmado incluso el Tribunal de Justicia Internacional (por ejemplo, en la Sentencia del 22 de julio de 1952, en el Asunto de la *Anglo-Iranian*)

¹²⁰ J.C. FERNÁNDEZ ROZAS y S. SÁNCHEZ LORENZO. *Derecho Internacional Privado*. Madrid: Editorial Thomson, Tercera Edición, 2004. p. 456.

¹²¹ Art. 1454 del Código Civil ecuatoriano.

Cabe recalcar sin embargo, que esta es otra aseveración con carga política que nada debería tener que ver con el criterio jurídico que, se supone, está emitiendo la Corte.

Como se pudo observar, en el presente caso, la Corte Constitucional emitió su dictamen previo y favorable para la denuncia del Tratado Bilateral de Inversión con Reino Unido, basándose imprecisamente en el artículo 422 de la Constitución y utilizando la cláusula *rebus sic stantibus* la cual no se aplica para el apareamiento de esta nueva norma constitucional debido a que el contexto constitucional no era el motivo principal por el cual se firmó el Tratado en Primer lugar y también a que la prohibición de sometimiento a arbitraje que trae la nueva constitución no afecta radicalmente a las obligaciones contraídas en el Convenio, las cuales consisten principalmente en los estándares de protección a los inversionista extranjeros. La aplicación imprecisa del artículo objeto del presente trabajo tiene varios matices; se observaron ya dos formas erróneas de su aplicación en los dictámenes antes analizados, examinemos ahora una tercera manera.

3.2.2.4. *Análisis del Dictamen sobre el Tratado con Francia*

El 16 de Septiembre del 2010, la Corte Constitucional emite el Dictamen favorable para la denuncia del Convenio entre el Gobierno de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones¹²². Su competencia la radicó en virtud del artículo 108 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, como en todos los casos analizados, arguyendo que el este tipo de convenio se encuentra descrito en el numeral sexto tanto del mencionado artículo como del artículo 419 de la Constitución de la República, en los cuales se establece la necesidad de aprobación legislativa para la denuncia de tratados internacionales que “comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio”. El confundir los conceptos de comercio e inversión se convirtió en un error casi

¹²² Convenio Ratificado mediante Decreto Ejecutivo No. 2996 del 21 de Agosto de 1995

normal dentro de la serie de los criterios emitidos por la Corte a propósito del pedido del Presidente el 6 de enero de 2010.

A lo largo del análisis del Convenio, se encuentra que en la mayoría de las disposiciones contenidas en su texto guardaban conformidad con las normas constitucionales. Sin embargo, el problema surge al llegar al artículo 9 del Convenio que establece que las partes expresan su consentimiento para someterse al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones para resolver mediante conciliación o arbitraje cualquier controversia legal relacionada con una inversión hecha por un nacional o compañía de una Parte Contratante en el territorio de la Otra Parte. Se establece un período de seis meses de espera antes de iniciar la demanda arbitral, dentro cual se puede tratar de arreglar el conflicto por medio de recursos jurisdiccionales en el ámbito nacional. Respecto de esta disposición, la Corte emite el siguiente criterio:

Esta Corte Considera que el referido artículo, sometido al control material, está, en contraposición con los fines estatales ecuatorianos, ya que atenta contra la disposición constitucional contenida en el artículo 422 [...]

La norma constitucional [...] es clara y concluyente al establecer expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, lo cual conllevaría a atentar en contra del principio de supremacía constitucional. De allí que constitucionalmente está vedada la aplicación de las normas favorables a las inversiones que están en contradicción con la Constitución de la República; menos aún cuando a las Partes Contratantes del Convenio materia de análisis, se las somete al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones [...] lo cual contribuye al quebrantamiento de fines del Estado ecuatoriano. De acuerdo con la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, razón por la cual no se admite la creación de estos tribunales ad hoc para la solución de controversias que se suscitaren del presente Convenio, porque aquello atentaría no solo con la disposición constitucional expresa, sino que infringiría la soberanía popular expresada en el artículo 422 de la Constitución de la República.

No obstante, la disposición constitucional establecida en el artículo 422, contiene una excepción al respecto [...] norma constitucional que tiene relación con lo determinado en el artículo 423, numerales 1 y 7 que proclaman la integración del Ecuador y Latinoamérica [...] Se puede determinar que el referido artículo 9 del Convenio Internacional no está orientado a la creación de un proceso regional, sino que se trata de un instrumento que compromete a los Estados Nacionales y sociedades de la República del Ecuador y el Gobierno de la República Francesa (Francia) dentro de un ámbito delimitado que son las inversiones, por lo tanto no se circunscribe en la

excepción prescrita en la normativa constitucional. Por estas razones, se considera que el artículo 9 del Convenio Internacional examinado es manifiestamente contrario a la Constitución de la República del Ecuador.¹²³

En primer lugar, no se entiende porqué la Corte afirma que el artículo 9 va en contra de los “fines estatales ecuatorianos” y menciona al artículo 422, si dicha norma no enuncia ningún fin estatal sino que impone una prohibición para la firma de nuevos tratado internacionales. Si bien no queda claro si el artículo 422 de la constitución enuncia un principio o establece una regla, no cabe la menor duda de que de ninguna manera se está estableciendo una finalidad del Estado por medio de la norma. El segundo párrafo transcrito es bastante confuso desde por su forma de redacción hasta el hecho de afirmar que en el CIADI se crean tribunales ad-hoc. Si bien esta grave imprecisión no afectaría trascendentalmente el criterio de la Corte en cuanto a la inconstitucionalidad del Convenio en análisis, es una clara muestra de la falta de conocimiento de los más altos magistrados judiciales de la Republica, quienes se supone que deben ser los que más amplios conocimientos en materia jurídica tanto nacional como internacional deben tener. Evidentemente no es posible que se conozcan absolutamente todas las disciplinas existentes en el Derecho Nacional o Internacional pues ello sería humanamente imposible; sin embargo, sí es de esperarse que cuando un caso sea traído al conocimiento del más alto Órgano Judicial sus magistrados se informen lo suficiente como para poder emitir un criterio bien sustentado.

En la parte estrictamente jurídica, en estos párrafos se observa de nuevo la creencia de que la jurisdicción para resolver controversias entre el Estado e inversionistas extranjeros es privativa del Ecuador y que por tanto el arbitraje internacional implica una renuncia a esa jurisdicción, también recurrente en algunos dictámenes al igual que la equiparación del concepto de comercio con inversión. Pero se introduce un elemento nuevo, que es la relación con la excepción establecida en el inciso segundo del artículo

¹²³ Corte Constitucional. Dictamen No. 031-10-DTI-CC, Caso No. 0007-10-TI del 16 de Septiembre del 2010. pp. 23 y 24.

422. Se afirma primeramente que dicha excepción guarda relación con los numerales 1 y 7 del artículo 423 de la Constitución que rezan:

Art. 423.- La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado. [...]

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional.

En primera instancia, se establece ya un precedente cierto de que la excepción propuesta en el artículo 422 sí contiene implícita la idea de fomentar una integración Latinoamericana y de crear instancias regionales, en este caso para el arbitraje. No obstante, la interpretación que se le dio al inciso segundo del artículo 422 es desacertada. El capítulo anterior fue dedicado exclusivamente a un análisis sobre el alcance de la excepción del artículo *in comento* y, a breves rasgos, sobre el punto de Latinoamérica, se concluyó que la interpretación más acertada era que se refiere que se exceptúan los tratados o instrumentos internacionales que establezcan un arbitraje con sede en un país latinoamericano, o que se refiera a instancias arbitrales establecidas en un tratado internacional entre países de Latinoamérica.

Por lo tanto, la razón por la que el Tratado Bilateral de Inversiones no se ajustaría a la excepción propuesta (asumiendo que fuese pertinente aplicar el artículo 422 para el presente caso), no es porque el mismo no está dirigido a promover una integración latinoamericana, sino porque no contiene una cláusula arbitral que establezca una sede latinoamericana para la resolución de los conflictos. Ello sin embargo sería contradictorio con el pronunciamiento que se hizo anteriormente de que en principio el Ecuador no puede ceder su jurisdicción soberana. Una vez más se evidencian las inconsistencias del artículo 422 pues parece que está destinado a evitar que las controversias que implican al Estado ecuatoriano sean resueltas por autoridades fuera

del Ecuador ya que ello implicaría una “violación a nuestra soberanía”, pero por otro lado aceptan esta “violación” si la van a realizar autoridades en Latinoamérica.

El Pleno de la Corte Constitucional encuentra también que el artículo 11 del Tratado de Inversiones es contrario al texto constitucional. El artículo dice:

Las inversiones que hayan sido objeto de un compromiso específico establecido de conformidad con la Ley de una de las Partes Contratantes en beneficio de nacionales o sociedades de la otra Parte Contratante, se regirán por los términos de este compromiso siempre y cuando éste contenga disposiciones más favorables que las previstas en el presente Convenio.

Se entiende por “compromiso específico” un contrato o un acto administrativo a favor del inversionista extranjero proveniente de la otra Parte Contratante. Entonces, el artículo 11 del Tratado establece que si en este contrato o acto administrativo válidamente celebrado, es decir cumpliendo con todas las disposiciones legales del país en el cual se lleva a cabo, se otorga un tratamiento más favorable al inversionista del que se establece en el Tratado de Inversiones, el primero prevalecerá sobre el segundo. La disposición está protegiendo eventuales derechos adquiridos más favorables que los estándares de protección determinados en el Convenio en análisis. Sin embargo, la corte interpreta a este artículo de una manera diferente y concluye que:

[...] se puede colegir que esta disposición, al evidenciar la aplicación preferencial de leyes que determinen un trato más favorable a las inversiones, contraría el principio de supremacía de la normativa constitucional consagrada en el artículo 424 de la Constitución de la República que ordena: *“La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”*. De allí que cualquier disposición normativa de derecho interno de las Partes Contratantes y de los instrumentos internacionales deben guardar armonía con el texto constitucional, razón por la cual, no pueden ser aplicadas de forma preferencial sobre este tratado, previo control respecto a su compatibilidad o no con las normas constitucionales.

En este contexto, el artículo 425 de la Constitución de la República establece que *“El orden jerárquico de aplicación de las normas será el siguiente: La Constitución; los tratados y convenios internacionales; las leyes orgánicas; las leyes ordinarias; las normas regionales y las ordenanzas distritales; los decretos y reglamentos; las ordenanzas; los acuerdos y las resoluciones; y los demás actos y decisiones de los poderes públicos”* [...] De acuerdo a estas disposiciones constitucionales, en caso de consentir la aplicación de leyes de una de las Partes Contratantes, pese a que contengan un trato más favorable para las inversiones, es

improcedente su aplicación, si se desprenden contradicciones respecto de la aplicación del orden jerárquico determinado en la Constitución; por esta razón, una ley interna no debe contrariar el contenido de un instrumento internacional [...] Bajo estos parámetros constitucionales, al artículo 11 del Convenio está en franca contradicción con los preceptos de la Constitución de de la República.¹²⁴

De nuevo, la redacción es bastante confusa, pero se puede deducir que la razón por la que se encontró que el artículo 11 del Convenio es contrario a la Constitución, es porque la Corte entendió que el mismo manda a que una ley interna nacional prevalezca sobre el Convenio en caso de tener un trato más favorable para los particulares. Siendo así, el artículo sería contradictorio con la jerarquía normativa nacional, que establece que los tratados internacionales se aplican por encima de las leyes, por lo que el mandato del artículo analizado viene a ser inaplicable. Esta es una interpretación errónea; como se vio, el artículo habla de un “compromiso específico” entre uno de los estados contratantes y un inversionista del otro, no habla de leyes internas, y lo que se pretende es salvaguardar los derechos adquiridos en virtud de dicho compromiso específico, si son más favorables para el particular. Así, por mandato de una norma jerárquicamente superior a la Ley para el caso ecuatoriano, en caso de que en un acto específico (válidamente celebrado) se otorguen derechos más favorables que los que se le otorgan en el Convenio en análisis a un inversionista extranjero, las disposiciones de dicho acto prevalecerán por encima del Convenio. Esta disposición (comprendida correctamente) guarda absoluta concordancia con la Constitución de la República.

Adicionalmente la corte encuentra inconstitucional el artículo 12 del Convenio “de acuerdo con los análisis antes realizados para los artículos 9 y 11 del Convenio y que es aplicable al caso”¹²⁵, no se hace ninguna otra reflexión ni razonamiento acerca de este artículo y, según se entiende, se utiliza el argumento tanto del artículo 422 por cesión de jurisdicción soberana como el de contradicción con la jerarquía de las normas, sin embargo, no se explica cómo encajaría el mencionado artículo dentro de estas causales.

¹²⁴ Corte Constitucional. Dictamen citado, p. 25.

¹²⁵ Corte Constitucional. Dictamen citado.

Finalmente, la Corte concluye que, debido a que solo algunos artículos del Tratado contradicen a la constitución, no hay necesidad de renunciar a la totalidad del mismo sino únicamente aquellos artículos, previniendo a la función legislativa sobre la necesidad de establecer un mecanismo de solución de conflictos. Sabemos sin embargo, que no existe la posibilidad de denunciar únicamente una parte del Tratado, por tanto, se denuncia su totalidad o no. Este es un error recurrente en varios de los dictámenes y es lamentable el desconocimiento de normas de Derecho Internacional que ello denota.

CONCLUSIONES

El artículo 422 de la Constitución de la República contiene una gran carga ideológica tanto en la prohibición prescrita como en las excepciones propuestas. Del análisis realizado se observó que el artículo tenía la intención de evitar que el Ecuador firme tratados en los que someta al Estado a Arbitraje Internacional, ya que se consideró que al hacerlo se estaba lesionando los intereses del país debido a que las instancias arbitrales internacionales ponen al Estado al mismo nivel que a las compañías comerciales. Es importante enfatizar que los Tratados Internacionales no tienen por qué considerarse lesivos para los intereses nacionales por el mero hecho de establecer un mecanismo arbitral internacional para resolver las controversias. Se sabe que la finalidad de este mecanismo es garantizar un fuero imparcial en donde se resuelvan objetivamente los conflictos que surjan entre el Estado y los particulares extranjeros. Gran parte de los beneficios que ofrece el Arbitraje Internacional lo constituye el hecho de que se garantiza una verdadera igualdad entre las partes procesales; tanto el Estado como el particular tienen las mismas oportunidades de ser oídos, de defenderse y de exigir sus derechos, sin tener que preocuparse de si sus afirmaciones tendrán el mismo peso ante el Tribunal que las de su contraparte, y el inversionista no tendrá que preocuparse por las posibles presiones políticas que pueda

enfrentar el juzgador. Así, no se encuentra nada de lesivo para el interés nacional el hecho de que se ponga al Estado al “mismo nivel” que a los particulares.

Quedó comprobado que por la redacción del texto y debido a las excepciones incluidas, el objetivo de impedir que Ecuador se someta a Arbitraje Internacional se vio frustrado. Tanto la literalidad de la norma como las actuaciones de las entidades del Estado en la firma de nuevos contratos administrativos muestran que la posibilidad de someter las controversias a este tipo de procesos no se encuentra totalmente vetada. Es más, de hecho, el Ecuador continuará sometiéndose a la jurisdicción tanto de Tribunales Arbitrales Internacionales como de Tribunales Ordinarios extranjeros.

Se demostró que el texto prohíbe la firma de nuevos tratados internacionales en donde el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana, no de todo tipo de convenios que pretendan someter al Ecuador a una jurisdicción distinta de la interna propia. Ello deja abierta la posibilidad de firmar contratos comerciales y de inversión con empresas extranjeras y en dichos contratos se pueden incluir cláusulas de arbitraje internacional, si bien no de fuera CIADI, podrán ser administrados por otras instituciones como las Naciones Unidas (Arbitraje UNCITRAL) o constituirse Tribunales *ad-hoc*. Como consecuencia de la pobre redacción y de la excepción propuesta en el inciso segundo, el artículo 422 no sirve eficientemente para blindar al Estado por completo del Arbitraje Internacional. Prueba de ello lo son las nuevas cláusulas arbitrales incluidas en algunos de los nuevos contratos administrativos que establecen una sede arbitral en Chile. Así, evidentemente Ecuador está accediendo a someter sus controversias ante un Tribunal Arbitral, cediendo así su “jurisdicción soberana”. Esto causará que eventualmente el Estado tenga que someterse a jurisdicción extranjera el momento que se quiera recurrir un laudo arbitral dictado, pues deberá acudir ante los tribunales ordinarios del lugar de la sede (latinoamericana) en los cuales no se le dará ningún tipo de preferencia por ser un Estado. Adicionalmente, se afinó también que la prohibición no alcanza, al menos en teoría, a las controversias de inversiones sino únicamente a las controversias en materia contractual y comercial.

El artículo 422 de la Constitución parte de la premisa errónea de que la solución de conflictos con inversionistas o personas jurídicas extranjeras le compete al Estado ecuatoriano de manera exclusiva. Para ello, trae a colación una nueva noción que es la de la “jurisdicción soberana”. Esta noción no se la define en ninguna parte de la Constitución por lo que puede ser interpretada tanto como sinónimo de inmunidad soberana, como la idea de que la jurisdicción en temas de resolución de conflictos con el Estado es de competencia exclusiva de los tribunales Ecuatorianos. Se ha evidenciado que el texto del artículo objeto de este trabajo contiene defectos de forma puesto que contiene una deficiente redacción. Ello ha provocado y probablemente seguirá provocando una confusión al momento de su aplicación e interpretación.

El Estado Ecuatoriano aplicó el artículo 422 con efecto retroactivo para el caso de la denuncia del CIADI, alegando únicamente la prohibición prescrita en la norma constitucional para justificar la denuncia. Con ello, se viola abiertamente el principio de irretroactividad de la ley y por ende al principio de seguridad jurídica. Tanto el Presidente como los Asambleístas argumentan que el CIADI desconoce el derecho interno ecuatoriano cuando considera que una medida legislativa se ha vuelto confiscatoria para el inversionista. Este argumento es completamente erróneo. El Tribunal Arbitral muchas veces analiza el derecho interno del Estado receptor para determinar si realmente la medida fue confiscatoria o no y a partir de ello se deduce si se ha violado una norma o principio de Derecho Internacional. El ordenar indemnizar al inversionista no implica que se esté desconociendo el derecho interno del Estado, sino simplemente se le está atribuyendo una consecuencia por haber causado daño al particular a través del uso de sus potestades soberanas. Adicionalmente, al utilizar como único argumento al Art. 422 para denunciar el Convenio, se ha inculcado al resto de las instituciones estatales y a la ciudadanía un ejemplo de interpretación y aplicación de las normas legales que rigen nuestra sociedad de acuerdo a las necesidades o intereses de la ideología política subyacente en el gobierno de turno; se ha puesto al Derecho al servicio del Gobierno, y no al Gobierno al servicio del Derecho.

Cabe también destacar que el procedimiento para la denuncia no cumplió con el trámite ordinario, sino que se alegó una falta de norma para justificar el hecho de que no se envió a una comisión de relaciones internacionales el texto del Convenio para que la misma emita un informe que posteriormente someta al conocimiento del Pleno de la Comisión Legislativa y Fiscalización que se encontraba ejerciendo las funciones de Asamblea Nacional en ese tiempo. Lo que se hizo en este caso, fue conocer directamente en el Plenario el oficio enviado por el Presidente de la República en el cual se solicitó la aprobación por parte del Poder Legislativo, se realizó un brevísimo debate acerca de la conveniencia de la denuncia y se sometió a votación. Ello atenta no solo con el principio de legalidad del Derecho Administrativo, sino, de nuevo, al principio de seguridad jurídica indispensable para el desarrollo de un Estado de Derecho.

De la misma manera, se demostró que el Estado ecuatoriano ha interpretado erróneamente al artículo 422 de la Constitución al utilizarlo como argumento para la denuncia de varios Tratados Bilaterales de Inversión, asumiendo que las cláusulas de resolución de controversias previstas en los mismos atentan contra la soberanía nacional por ceder jurisdicción a Tribunales Arbitrales Internacionales. Para realizar este proceso de denuncia, se parte de una solicitud del Presidente a la Corte Constitucional para que emita dictámenes favorables previos a la aprobación legislativa para la denuncia de los tratados. Dentro de la petición del Presidente no queda muy claro el fundamento jurídico que establezca la competencia de la Corte para emitir dichos dictámenes. Esto tiene algo de sentido dado que ni la Constitución ni la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional le atribuyen competencia alguna para dictaminar sobre la denuncia de los tratados internacionales; pero ello no fue problema para el Pleno, puesto que lograron radicar su competencia en virtud de una frase incluida en una norma infraconstitucional (la Ley Orgánica de la Función Legislativa) y a un reglamento emitido por la propia Corte (el Reglamento de Sustanciación de Procesos en la Corte Constitucional).

Respecto de la denuncia de los TBIs, quedó perfectamente claro que el texto prohíbe la firma de textos futuros, en ningún momento se deja explícita o implícita la disposición de que hay que denunciar los tratados ya existentes, ni que sea contrario a los principios constitucionales el hecho de que existan este tipo de tratados en la legislación nacional. Además de que la prohibición es sobre asuntos contractuales o comerciales, no sobre asuntos de inversiones, como ya se mencionó. En relación a este tema se evidenció que tanto la Corte Constitucional como la Asamblea Nacional han confundido e igualado el concepto de controversia comercial con el de controversia de inversiones, por lo que encuadran a los Tratados de Inversión en la prohibición del artículo constitucional en análisis, cuando el mismo es exclusivo para controversias contractuales y comerciales como se analizó en el presente trabajo.

Surge una interrogante en caso de que se lleguen a denunciar uno o más de los Tratados Bilaterales de Inversión: ¿qué va a suceder con los períodos de supervivencia de los tratados que establecen Foro CIADI como mecanismo de solución de controversias? Existe dos alternativas en ese caso: a) Que haya quedado excluida de manera definitiva la posibilidad de plantear una denuncia arbitral en el CIADI, por lo que se tendría que recurrir entonces a los arbitrajes administrados por otras entidades o a arbitrajes ad-hoc; o, b) Se podría sostener la posibilidad de denunciar al Ecuador ante el CIADI aunque ya no sea un país signatario ya que al ratificar el TBI el Ecuador ya dio su consentimiento para someterse a un arbitraje en el CIADI de acuerdo con la teoría de la aceptación inmediata estudiada.

Optar por la segunda opción sería bastante arriesgado. Hacer un planteamiento de ese tipo contiene un gran riesgo ya que se estaría enfrentando a la posibilidad de que la Secretaría del CIADI niegue la solicitud de arbitraje. Otro de los riesgos existentes es que, de aceptarse la solicitud de arbitraje, más adelante, el Tribunal se declare incompetente para conocer la controversia, lo que representaría una gran pérdida de tiempo y dinero para las partes involucradas. Sabemos que debido a la interpretación y aplicación que se ha hecho del Art. 422, es bastante difícil que el Estado acepte volver a

someterse a la jurisdicción del CIADI; sin embargo, no encuentro motivo alguno por el cual no pueda acceder a someterse a un Arbitraje Internacional en una sede latinoamericana bajo las normas de la CNUDMI o las de un arbitraje *ad-hoc*.

En todo caso, se puede sostener que las cláusulas de resolución de controversias propuestas en los TBIs, aún en el caso de que los mismos sean denunciados, son exigibles todavía por parte de aquellos extranjeros cuyas inversiones fueron realizadas durante la vigencia del tratado. Esto obedecería al principio de temporalidad de la ley, dado que la aparición de una norma posterior no puede vulnerar los derechos adquiridos en virtud de una norma anterior, sin importar el nivel jerárquico de la nueva norma, y ello es válido tanto para el foro CIADI como para los arbitrajes CNUDMI y *ad-hoc*. Lo único certero es que la exigibilidad de cumplimiento de las cláusulas arbitrales de los Tratados Bilaterales de Inversión definitivamente se verá afectada por esta nueva norma constitucional de una u otra manera, sobre todo porque el Ecuador ha cerrado las puertas al método más utilizado para solucionar los conflictos Estado-inversionista con la denuncia de la Convención de Washington; pero esto es algo que únicamente el tiempo y las decisiones judiciales y/o arbitrales podrán resolver.

En cuanto a aspectos más generales, se concluye que la normativa nacional contiene preceptos contradictorios acerca de la naturaleza jurídica del Arbitraje. Sin embargo, en su mayoría corresponden a la teoría jurisdiccional. Se encuentra la necesidad de armonizar las normas a este respecto y tomar una sola postura acerca de la naturaleza del arbitraje para, a partir de dicha concepción, desarrollar la legislación en torno al arbitraje y su tratamiento. No obstante, para el caso del Arbitraje Internacional, es necesario que el Ecuador tome la postura de la teoría contractual del arbitraje debido a que no hay un ente superior con jurisdicción internacional que pueda otorgársela a los tribunales arbitrales.

Se vio también que la elección de la sede arbitral es hoy más importante que nunca para el Estado ecuatoriano, ya que de ello dependerá, en última instancia, la eficacia para la resolución de la controversia y la posibilidad de anulación del laudo. En este

punto, es indispensable que se reflexione profundamente antes de proponer una sede a los inversionistas extranjeros en los nuevos contratos administrativos, considerando la confianza que les puede generar una sede latinoamericana y cómo ello está afectando al proceso de negociación y firma de la totalidad de los contratos. Se tiene conocimiento de que, debido a que hay una disposición general de pedir el dictamen favorable del Procurador General del Estado para incluir cláusulas arbitrales en los nuevos contratos administrativos, el proceso de contratación se ha vuelto más lento, lo que ha ocasionado que en muchos casos se dé preferencia a la firma de la parte sustancial del contrato, excluyendo la cláusula arbitral. Esta exclusión puede resultar muy perjudicial al momento del surgimiento de una controversia, dado que ya con la presencia de desacuerdos, será más difícil que ambas partes accedan a someterse a la jurisdicción del un Tribunal Arbitral y se pongan de acuerdo en la sede y procedimiento a seguir. En especial, el inversionista o persona natural o jurídica involucrada puede verse afectado, ya que el Estado tiene ciertas prerrogativas para dar por terminado el contrato unilateralmente y es bastante probable que en el fuero interno, el particular extranjero no goce de las mismas garantías que las que le ofrecería un fuero internacional.

La aplicación del artículo 422 es un tema contemporáneo y controversial, que seguirá siendo objeto de interpretación y aplicación por parte de los diferentes entes del Estado ecuatoriano. Pero es necesario también un desarrollo de doctrina de juristas con mayor entendimiento en el tema del arbitraje internacional y de inversiones, pues de lo contrario, no sorprendería que se siga realizando una interpretación y aplicación inadecuada del artículo sin nada que lo cuestione.

BIBLIOGRAFÍA

- ALEXANDROFF, ALAN S. Y LAIRD, IAN A. *The Oxford Handbook of International Investment Law*. USA: Oxford University Press. Editado por: PETER MUCHLINSKI, FEDERICO ORTINO Y CHRISTOPH SCHEREURER. 2008
- ALSINA, HUGO. *Tratado Teorico y Práctico de Derecho Procesal Civil y Comercial*. Buenos Aires: Ediar Soc. Anon. Editores, 1957.
- ANDRADE CADENA, XAVIER. “Breves Reflexiones sobre el Arbitraje en la Nueva Constitución ecuatoriana”. *Revista de Arbitragem E Mediação*. jan-mar, no. 20, 2009.
- BLACKABY, NIGEL. “El Arbitraje según los Tratados de Inversión y los Capítulos de Inversión en los Tratados de Libre Comercio”. *El Contrato de Arbitraje*. 2005.
- CALVO CARAVACA, ALFONSO-LUIS, y CARRASCOSA GONZÁLEZ, JAVIER. *Derecho Internacional Privado*. Granada: 2008.
- CANTUARIAS SALAVERRY, FERNANDO. *Arbitraje Comercial y de las Inversiones*. Lima: Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), 2007
- CHILLÓN MEDINA, JOSÉ M. Y MERINO MERCHÁN, JOSÉ FERNANDO. *Tratado de Arbitraje Privado Interno e Internacional*. Madrid: Editorial Civitas. 1991.
- CLAY, THOMAS. “La importancia de la sede del arbitraje en el arbitraje internacional: ¿es todavía relevante?” *Arbitraje Internacional, Tensiones Actuales*. 2007.
- COUTURE, EDUARDO. *Fundamentos del Derecho Procesal Civil*. Argentina: Ediciones Depalma Buenos Aires, 1997.

- CRAIG, W. LAURENCE, PARK, WILLIAM W. Y PAULSSON, JAN. *Craig, Park & Paulsson's Annotated Guide to the 1998 ICC Arbitration Rules with Commentary*. USA: Oceana Publications, 1998.
- DE CÁRDENAS, SARA FELDSTEIN Y DE HERBÓN, HEBE LEONARDI. *Cómo y Cuándo demandar a un Estado Extranjero*. En: MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- DIEZ DE VELAZCO, MANUEL. *Instituciones de Derecho Internacional Público*. España: Editorial Tecnos, Décimo quinta edición, 2005.
- DOLZER, RUDOLF Y SCHREURER, CHRISTOPH. *Principles of International Investment Law*. USA: Oxford University Press, 2008.
- FAIREN GUELLEN, VÍCTOR. *Doctrina General del Derecho Procesal*. Barcelona: Librería Bosch, 1990.
- FERNÁNDEZ ARROYO, DIEGO. "La ejecución del laudo arbitral dictado contra el Estado". *Derecho de Comercio Internacional: Arbitraje*. Argentina: Editorial Zavalia, 2004
- FERNÁNDEZ ROZAS, JOSÉ CARLOS Y SÁNCHEZ LORENZO, SIXTO. *Derecho Internacional Privado*. Madrid:, Editorial Thomson, Tercera Edición, 2004.
- GAILLARD, EMMANUEL. "Identify or Define? Reflections on the Evolution of the Concept of investment in ICSID Practice". *International Investment Law for the 21st Century*. CHRISTINA BINDER, URSULA KRIEBAUM, AUGUST REINISCH, STEPHAN WITTICH. Gran Bretaña: Oxford University Press, 2009.
- GALINDO, ALVARO. "El Consentimiento en el Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones". *Iuris Dictio*. año VII, No.11, 2007.
- GONZÁLEZ DE COSSIO, FRANCISCO. *Arbitraje*. México: Editorial Porrúa, 2008.
- GUASP, JAIME Y ARAGONESES, PEDRO. *Derecho Procesal Civil. Introducción, parte general y procesos declarativos ordinarios*. España: Editorial Civitas, 2002
- HERDEGEN, MATTHIAS. *Derecho Internacional Público*. México: UNAM y Fundación Konrad Adenauer, 2005

- LLANOS MANSILLA, HUGO. *Teoría y Práctica del Derecho Internacional Público: El Estado como sujeto de Derecho Internacional*. Tomo II, volumen 2. Santiago: Editorial Jurídica Chile, 2006.
- MARCHÁN, JUAN MANUEL. “El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana”. *Spain Arbitration Review, Revista española del club de Arbitraje*. 2009
- MCLACHLAN, CAMPBELL, SHORE, LAURENCE Y WEINIGER, MATTHEW. *International Investment Arbitration*. New York: Oxford University Press, 2007.
- MEO, GEORGIO. “El Orden Público como Obstáculo a la Ejecución de Laudos Extranjeros. Experiencia Italiana”. *Spain Arbitration Review, Revista española del club de Arbitraje*. 2009
- MONROY CABRA, MARCO GERARDO. *Derecho Procesal Civil Internacional*. Bogotá: Ediciones Librería del Profesional, 2000.
- NEIRA ORELLANA, EDGAR. “El Estado y el Juicio de Arbitraje Según la Legislación Ecuatoriana”. *Iuris dictio*. año VII, No.11, 2007.
- PARRAGUEZ RUIZ, LUIS. *Manual de Derecho Civil Ecuatoriano: Personas y Familia*. Ecuador: Universidad Técnica Particular de Loja, séptima edición, 2005.
- QUINTERO, BEATRIZ Y PRIETO, EUGENIO. *Teoría General del Derecho Procesal*. Bogotá: Editorial Temis, cuarta edición, 2008.
- RIVERA, JULIO CÉSAR. *Arbitraje comercial Internacional y Doméstico*. Buenos Aires: Lexis News, 2007.
- ROCA MARTÍNEZ, JOSÉ MARÍA. *Arbitraje e Instituciones Arbitrables*. Barcelona: JM Bosch Editores, 1992.
- ROCCO, HUGO. *Derecho Procesal Civil*. México: Editorial Jurídica Universitaria, 2002.
- SEPÚLVEDA, CÉSAR. *Derecho Internacional*. México: Editorial Porrúa, 2002.
- SILVA ROMERO, EDUARDO. “El Arbitraje Examinado a la Luz del Derecho de las Obligaciones”. *El Contrato Arbitral*. 2005
- VAN HARTEN, GUS. *Investment Treaty Arbitration and Public Law*. Gran Bretaña: Oxford University Press. 2007.

VÉSCOVI, ENRIQUE. *Teoría General del Proceso*. Bogotá: Editorial Temis, segunda edición, 1999.