

ALGUNOS PRECEDENTES HISTÓRICOS DEL ARBITRAJE PRIVADO-PÚBLICO EN EL ECUADOR¹

Some historical precedents of private-public arbitration in Ecuador

HERNÁN PÉREZ LOOSE²
Coronel & Pérez

Resumen

Análisis histórico de algunos arbitrajes privado-público que se desarrollaron en el Ecuador durante la segunda mitad del siglo XIX y finales del siglo XX.

Palabras clave

Arbitraje / Historia de arbitrajes privado-público / Construcción del Ferrocarril del Sur / Caso Impregilo / Caso Emelec / Cláusula Calvo / Jurisdicción extranjera.

Summary

Historical analysis of a few examples of private-public arbitration in Ecuador during the second half of the 19th century as well as the end of the 20th century.

Keywords

Arbitration / History of private-public arbitrations / Construction of Ecuador Southern Railway / Impregilo case / Emelec case / Calvo Clause / Foreign Jurisdiction.

1. Introducción

El presente artículo no pretende abordar algún aspecto de la institución del arbitraje o comentar alguna tendencia jurisprudencial. Su propósito es más bien limitado. Se busca en este trabajo sacar a la luz una serie de arbitrajes privado-público³, de gran importancia en la vida pública del Ecuador, que tuvieron lugar mucho antes de que surja el actual debate sobre los arbitrajes internacional de inversión. Nuestra atención se centrará en una serie de casos que tuvieron lugar a fines del siglo XIX, y en dos que ocurrieron a fines del siglo XX. De estos casos se ha escrito muy poco o nada, como poco o nada se ha escrito en el país sobre la historia de nuestras instituciones jurídicas. Como podrá apreciarse, el Ecuador tuvo varias experiencias con esta clase de arbitraje, los que por su naturaleza son de trascendencia pública y proclives a general conflictos de suma complejidad. El escaso conocimiento que existe sobre ellos probablemente se deba a las dificultades que hay para obtener información al respecto y el poco interés que hay al respecto. Es un vacío que trataremos de llenar.

1 Recibido: 31/07/2018 – Aceptado: 01/10/2018

2 Hernán Pérez Loose es uno de los socios fundadores de Coronel & Pérez. Abogado en la Universidad Católica de Guayaquil. LL.M en Derecho Comparado en la Universidad de Nueva York; LL.M y S.J.D., en la Universidad de Harvard. Fue asesor legal del presidente de la República del Ecuador de 1982 a 1984, así como del Procurador General de Ecuador de 1979 a 1980. Además, ha escrito extensamente sobre derecho constitucional y ha sido uno de los principales escritores de opinión para el periódico más importante de Ecuador, El Universo, durante muchos años. Correo electrónico: hperez@coronelyperez.com

3 En este artículo usaremos el término "arbitraje privado-público" para identificar aquellos arbitrajes en los que una parte es una persona (jurídica o natural) de derecho privado, nacional o extranjera, y la otra es el Estado o una entidad de derecho público.



2. Los arbitrajes en la era del ferrocarril

2.1. Prohibición legal

La más antigua referencia que puede encontrarse sobre el arbitraje privado-público en el Ecuador no le es muy favorable. En efecto, nuestro primer cuerpo legislativo dedicado a regular los procesos civiles, el Código de Enjuiciamientos en Materias Civiles (en adelante “CEMC”), que fuera aprobado por la Convención Constituyente de 1869, establecía en su artículo 45 que no podían someterse al arbitraje aquellos “asuntos en que sea parte el Ministerio Público” (Código de Enjuiciamientos en Materias Civiles, artículo 45).

Si bien el ministerio público ha guardado históricamente una relación institucional con la protección de intereses de la sociedad, y específicamente con la represión del delito, la exclusión que hace el CEMC del arbitraje parece referirse también a demandas en contra del Estado, y en las que tradicionalmente debía intervenir como parte el Ministerio Público. De hecho, así lo confirman eventos que tuvieron lugar años más tarde. En todo caso, hay que subrayar que no hay una explicación por parte de la legislatura o de los comentaristas de la época sobre esta prohibición.

Una disposición idéntica se encuentra en el artículo 272 de Código de Enjuiciamientos en Materias Civiles español de 1855. Las sucesivas reformas y codificaciones que tuvo el CEMC mantuvieron esa prohibición. Incluso cuando en 1890 se aprueba la primera Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ), dicha prohibición constaba en su artículo 71.

2.2. Necesidad de capital extranjero

Sin embargo, las limitaciones económicas del Estado ecuatoriano habrían de dictaminar otra cosa. A partir de 1869, cuando se inicia la segunda presidencia de García Moreno, el Ecuador se embarcaba en la construcción una red de transporte ferroviario de enormes proporciones. Estas obras eran asociadas entonces con el progreso de las naciones, y demandaban de ingentes capitales y tecnología que eran recursos de los que carecía el país. Para suplir esta deficiencia, los Gobiernos de la segunda mitad del siglo XIX debieron recurrir a empresas privadas la mayoría ellas constituidas en Europa y Estados Unidos. Dada la trascendencia política de estas obras, los beneficios fiscales y patrimoniales que se otorgaban a los empresarios, y el preponderante rol que entonces jugaba la legislatura en el sistema político del Ecuador, la celebración de estos contratos iba precedida de una expresa autorización legislativa.

Dicha autorización parlamentaria incluía las bases sobre las cuales el Poder Ejecutivo debía negociar los respectivos contratos. Tales bases eran muy exhaustivas en cuanto a las especificaciones técnicas que debía cumplir la obra, las fuentes de financiamiento del empresario —que generalmente incluían recursos derivados de las aduanas—, las obligaciones del gobierno y derechos del contratista. Lo que resulta importante subrayar aquí es el hecho que dichas bases de contratación invariablemente contenían una por la que se acordaba que las disputas que llegasen a surgir entre el gobierno y la empresa contratista llamada a construir y operar el servicio ferroviario debían ser resuelta por medio de un arbitraje.

Los conflictos legales que generaron estos contratos fueron múltiples. En algunas ocasiones las partes recurrían al arbitraje para solucionarlos, y, al menos en un caso, una de ellas demandó la ejecución del laudo llevando la disputa hasta la Corte Suprema en 1894. La sentencia que profirió la Corte en este caso constituye nuestra primera jurisprudencia arbitral.

2.3. El contrato Palau (1887)

En agosto de 1887 el Congreso Nacional autorizó al gobierno presidido por D. José M. Plácido Caamaño, quien gobernó de 1883 a 1888, la celebración de un contrato con el empresario D. Ignacio Palau, de nacionalidad colombiana, para la construcción y explotación del ferrocarril que uniría Bahía de Caráquez con Quito, el llamado “Ferrocarril Central” (Congreso de la República, 1887). El contrato tendría un plazo de noventa y nueve años (Congreso de la República, 1887, Art. 24), obligándose el contratista a terminar la infraestructura dentro de los primeros diez años (Congreso de la República, 1887, Art. 2). Entre los derechos que adquirió Palau fue el recibir directamente el producto de las aduanas de Manabí como garantía del pago de 30,000 sucres que el gobierno ofreció hacerle por cada kilómetro de ferrocarril construido (Congreso de la República, 1887, Art. 9), pero previo el otorgamiento de una garantía de 100 mil sucres a satisfacción del gobierno y que debía ir aumentándose a medida que el empresario reciba los fondos de las aduanas (Congreso de la República, 1887, Art. 11); fianza que sería ejecutada en el evento de que la obra no llegue a realizarse (Congreso de la República, 1887, Art. 11).

El contrato incluía una cláusula arbitral en estos términos:

Art. 28.- Las cuestiones o diferencias que puedan surgir entre el Gobierno y el empresario, serán en todo caso resueltas por árbitros arbitradores, designados, uno por cada parte, y un tercer por aquellos. El fallo arbitral será inapelable. El empresario renuncia a toda reclamación diplomática, a no ser para la ejecución del laudo (Congreso de la República, 1887, Art. 28).

2.4. Controversia

Los trabajos se iniciaron conforme lo previsto. Con el objeto de obtener financiamiento internacional, en 1889 Palau constituyó en Londres la *Ecuador Central Railway Company Limited*, la que designó al ingeniero inglés Charles Clegg para que verifique los avances de la construcción⁴ (Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las HH. Cámaras Legislativas, 1899). Sin embargo, entre el gobierno y Palau había surgido un desacuerdo. Palau había omitido otorgar una garantía a satisfacción del gobierno, a pesar de haber recibido fondos de las aduanas de Manabí. El Gobierno inició entonces un arbitraje. Además, para entonces Palau había solicitado al Congreso una modificación del contrato, pues, nuevos estudios del suelo demostraban que el costo del kilómetro de vía férrea era mayor que el planeado originalmente (Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las HH. Cámaras Legislativas, 1899).

El problema con el contratista Palau lo heredó el nuevo gobierno liderado por Antonio Flores (1888-1892). Este le encargó al conocido jurista Luis F. Borja la defensa del gobierno en el arbitraje. Mientras el arbitraje estaba desarrollándose, el presidente Flores buscó avanzar en las obras ferroviarias, incluyendo la del Ferrocarril de Centro que se encontraba empantanada por el mencionado conflicto con Palau. Fue así entonces que el Poder Ejecutivo obtuvo del Congreso de 1890 una autorización para firmar un nuevo contrato para el mismo proyecto (Congreso de la República, 1890). Pero en esta ocasión con la mencionada compañía constituida en Londres, y que la representaba en el Ecuador el ingeniero Clegg; compañía a la que Palau cedería sus derechos bajo el contrato anterior.

⁴ En 1890 Palau hizo una exposición ante el Congreso sobre los problemas que estaba enfrentando, incluyendo la notificación de la demanda arbitral.

2.5. Contrato con los hermanos Forwood

En efecto, agosto de 1890 el Congreso aprobó un decreto que contenía las bases para un nuevo contrato de ferrocarril entre Quito y Bahía de Caráquez⁵. El Decreto Legislativo lo autorizaba al Gobierno para a contratar con la “Compañía del Ferrocarril Central” establecida en Londres por los Sres. Forwood Hermanos y Compañía, y representada en el Ecuador por Carlos Clegg. El nuevo contrato establecía que Palau se adhería a él y que, por ende, “lo suscribe en todas sus partes” quedando así “resuelto el anterior celebrado conforme el decreto legislativo del 9 de agosto de 1887” (Art.1). Ahora bien, el nuevo contrato debía firmarse dentro de los siguientes seis meses, y con ello no solo que terminaría el contrato anterior que celebró Palau, sino que además terminaría “el juicio arbitral que se le sigue, sin lugar a ninguna reclamación ulterior” (Art. 1). Era una solución práctica que lo que buscaba era avanzar en la obra y terminar el litigio con Palau.

Entre las bases contractuales que el Decreto Legislativo que el Congreso aprobó se incluía una sobre solución de controversias, según el siguiente tenor:

Art. 18. El presente contrato se radica bajo las leyes ecuatorianas y las cuestiones o diferencias que puedan surgir entre el Gobierno y la Compañía, serán en todo caso resueltas por árbitros arbitradores designados por cada parte, y un tercero por aquéllos. El fallo arbitral será inapelable. La Compañía renuncia toda reclamación diplomática.

2.6. Arbitraje contra Palau

Sin embargo, el nuevo contrato con la compañía londinense no llegó a firmarse. En consecuencia, el juicio arbitral contra Palau debió seguir su curso. El 9 de mayo de 1891 el tribunal arbitral dictó su laudo (Diario Oficial, 20 de junio de 1891). En él los árbitros resolvieron por unanimidad que Palau había incumplido el contrato al no otorgar la garantía a satisfacción del gobierno, así como al no haber abierto una trocha entre Chone y Santo Domingo ni reparar el camino entre esta última y Quito, que eran otras de sus obligaciones. El tribunal no solo que declaró resuelto el contrato por incumplimiento del contratista, sino que le ordenó al empresario a restituir los 110.696.99 sucres que había recibido de las aduanas de Manabí.⁶

El gobierno nacional procedió a ejecutar dicho laudo, pero no contra Palau sino contra tres de sus cuatro fiadores que residían en el país. Para ello se recurrió a la justicia ordinaria, donde el laudo arbitral devino en uno de los asuntos controvertidos. Las excepciones de los demandados en el sentido de que su fianza había sido extinguida ya sea por caducidad o novación, fueron desechadas por el Juez de Letras quien mandó a pagar la suma ordenada en el laudo arbitral (Corte Suprema de Justicia, pp. 475-476). La Corte Superior revocó este fallo bajo el argumento que laudo arbitral no hacía cosa juzgada sino en contra de Palau y no a sus fiadores, quienes, además, no habían sido parte del arbitraje (Corte Suprema de Justicia, pp. 476-477).

2.7. La decisión de la Corte Suprema

La Corte Suprema conoció entonces del recurso de tercera instancia que interpuso el gobierno. En su sentencia, la Corte Suprema comienza abordando el asunto de la validez del laudo arbitral en que se sustentaba la demanda ejecutiva. Hay que recordar que a la sazón estaba vigente la prohibición a la que nos hemos referido antes, esto es, que el juicio arbitral no era

5 Ver Decreto Legislativo en Leyes, Decretos y Resoluciones expedidos por los Congresos Extraordinarios y Ordinarios de 1890.

6 La defensa de Palau puede verse en Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las HH. Cámaras Legislativas (1899).

permitido en los asuntos en los que intervenía el Ministerio Público.

Para la Corte:

Aun cuando no pueden ser sometidos a juicio de árbitros los asuntos en lo que sea parte el Ministerio Público, el Legislador que dictó el decreto que sirvió de base al contrato celebrado con Ignacio Palau, para la construcción del Ferrocarril del Centro, pudo modificar, para los efectos del mismo contrato, el precepto contenido en el No. 4 del artículo 71 de la Ley Orgánica del Poder Judicial, disponiendo, como dispuso, que las cuestiones o diferencias que pudiesen surgir entre el Gobierno y el empresario, serían resueltas, en todo caso, por árbitros arbitradores (Corte Suprema de Justicia, p. 477).

Con respecto al argumento de que el laudo pronunciado contra el mencionado Palau a los fiadores de Palau, la Corte lo rechazó haciendo notar que:

El laudo pronunciado contra el mencionado Palau perjudica a sus fiadores, ya porque al otorgar la fianza, confirmaron, por el mismo hecho, el compromiso constante en la escritura de la obligación principal, y se sujetaron a la jurisdicción de los árbitros... (Corte Suprema de Justicia, p. 477).

Además, para la Corte lo que hizo el laudo fue simplemente declarar la obligación del deudor, y conforme a la naturaleza de la fianza, “no tenían porqué intervenir los fiadores en el juicio previo a esa declaración” (Corte Suprema de Justicia, p. 477). Esta decisión constituye la más antigua jurisprudencia ecuatoriana sobre arbitraje, y curiosamente sobre un arbitraje entre el gobierno nacional y un inversionista extranjero. Obsérvese, además, que uno de los temas abordados por la Corte Suprema fue el de la oponibilidad de la cláusula arbitral a los fiadores del contratista Palau. Una situación que hoy se discute bajo el concepto de partes no signatarias. Obsérvese, además, que la solución que le dio la Corte en aquella ocasión coincide con la tendencia actual que sobre este tema existe tanto en la jurisprudencia como en la doctrinaria.

2.8. Otras cláusulas arbitrales

El Congreso Nacional también autorizó al presidente Caamaño para que celebre un contrato con los empresarios Finlay y Wiswell para la construcción y concesión del llamado “Ferrocarril del Pacífico” que uniría San Lorenzo en la Provincia de Esmeraldas con ciudad de Ibarra⁷. La construcción duraría seis años, y la concesión noventa y nueve años. Entre las bases del contrato que el Congreso aprobó había una de solución de disputa que establecía lo siguiente:

En caso de desacuerdo o litigio entre el Gobierno y los empresarios, las cuestiones que surjan se decidirán por medio de árbitros nombrados uno por cada parte, y un tercero en discordia, cuyo nombramiento se hará anticipadamente, debiendo ambas partes sujetarse a la decisión arbitral, sin recurso alguno.

El nombramiento de tercero en discordia recaerá en un Agente Diplomático de Nación amiga, residente en la Capital de la República” (Congreso Constitucional del Ecuador, 1887, p. 172).

⁷ El contrato fue autorizado por el Congreso el 21 de agosto de 1885, y el presidente Caamaño lo sancionó el 24 de agosto de ese año (Congreso Constitucional del Ecuador, 1887, pp. 168-173).

Otro contrato de construcción ferroviaria y concesión que aprobó el Congreso fue uno entre el gobierno nacional y el empresario J. Theakston (Congreso de la República, 1887). El contratista se obligaba a construir varias líneas férreas en la Provincia de Los Ríos. La obra debía terminarse en dos años, y la concesión duraría noventa y nueve años. Entre las bases aprobadas por el Congreso había una relacionada con la solución de disputas cuyo texto era similar al anterior (Congreso de la República, 1887, p. 172).

2.9. Las concesiones del Ferrocarril del Sur

Otros contratos de concesión que el Congreso autorizó en esos años fueron los relacionados con la construcción del llamado Ferrocarril del Sur. Esta fue una obra pública de gigantescas proporciones para entonces, tanto en lo económico, como en su impacto social y político. El Ferrocarril del Sur, también conocido como el Ferrocarril Trasandino debía unir a Guayaquil con Quito, la Costa con la Sierra, y con ello producir la integración nacional, integración era considerada como un factor clave en la modernización del país. Fue una obra que, a diferencia de otras similares en América Latina, tenía una vocación redentora según un historiador (Clark, 2012).

La construcción arrancó en la segunda presidencia del ultraconservador García Moreno en 1872 y la concluyó el líder liberal D. Eloy Alfaro en 1908, luego de vencer enormes dificultades tanto económicas, como políticas y técnicas. Para 1873, García Moreno inauguró el primer tramo que unía Yaguachi con Milagro. Dos años más tarde, al tiempo que él era asesinado, ya estaba en operación una línea de 45 kilómetros que unía Durán con las dos ciudades prenombradas (Mensaje del Presidente de la República al Congreso Constitucional, 1875, p. 6). En los subsiguientes años, se avanzó por tramos hasta Chimbo. Por la complicada geografía que tenía que vencerse para llegar hasta Quito —la línea debía trepar hasta más de 3000 metros sobre el nivel del mar—, el Ferrocarril del Sur, ha sido considerado el ferrocarril más difícil del mundo (García Idrovo, 2008).

2.10. El primer contrato con Marcus Kelly (1885)

Durante la presidencia de Plácido Caamaño (1884-1888) el Congreso aceptó la propuesta “hecha por el Sr Marco Jameston Kelly para prolongar el ferrocarril de Yaguachi” y autorizó “al Poder Ejecutivo para que mande celebrar el contrato por escritura pública, en conformidad con las veintisiete cláusulas y las especificaciones que dicha propuesta contiene” (Congreso de la República, 1885). En su propuesta, Kelly se obligaba a construir la prolongación del ferrocarril que existía entre Yaguachi y el puente de Chimbo “hasta Sibambe o Alausí, y en una distancia de 82 kilómetros” (Base 1^o). La obra debía entregarse en cuatro años (Base 3^a), y podía ser explotada comercialmente hasta por 22 años (Base No. 21). Al empresario se le pagaría por su trabajo con “la totalidad del impuesto de sales” (Base 16^a), y se obligaba a otorgar una garantía de 200.000 sucres (Base 19^a).

La propuesta de Kelly, aceptada por el Congreso, contenía la siguiente cláusula de ley aplicable y solución de controversia:

El presente contrato se radica bajo las leyes ecuatorianas y las cuestiones que puedan surgir entre el Gobierno y la empresa serán en todo caso resueltas por árbitros arbitradores, designados uno por cada parte, y un tercero por aquellos; el juicio de la mayoría será inapelable.

El empresario renuncia a toda acción diplomática con motivo del fallo arbitral (Base 24^a).

Kelly era un empresario con intereses en la industria ferroviaria en la que región, que ya había obtenido del gobierno un contrato de arriendo de la vía Yaguachi - Chimbo⁸. Tampoco era un extraño en la política nacional. Años atrás había financiado la revuelta que derrocó al dictador Ignacio de Veintimilla. El Congreso de 1885, luego de varios debates, aceptó su reclamo de que le sea cancelado ese préstamo (Diario de Debates, 1885, pp. 99, 140, 174, 228, 229 y 333).

2.11. Segundo contrato con Kelly (1887)

El 6 de agosto de 1887 el Congreso aceptó otra propuesta hecha por el Sr. Kelly. Esta vez se trataba de continuar la vía férrea que ya existía entre Yaguachi y Chimbo para hacerla llegar hasta Duran. El decreto legislativo fue sancionado por el presidente Caamaño el 9 de agosto de 1887. La obra debía entregarse un año después de firmada la escritura, “so pena de pagar el Empresario la multa de mil sucres por cada mes de retardo...” (Cláusula V). El empresario explotaría comercialmente la línea férrea por diez años, luego de los cuales la línea pasaría al Gobierno (Cláusula XIV)

Con respecto a la solución de controversias, el contrato incluía una siguiente cláusula arbitral similar a las señaladas antes.

2.12. Arbitraje contra Kelly (1888)

En marzo de 1888, Kelly, en asociación con otros inversores de Guayaquil, había constituido la “Compañía de Ferrocarriles y Obras Públicas de Guayaquil” con el propósito de encargarse de la construcción y explotación comercial de los dos contratos que había celebrado con el Gobierno (Estatutos de la Compañía de Ferrocarriles y Obras Públicas de Guayaquil, 1888). Sin embargo, las obras que el Congreso autorizó a Kelly no avanzaron como se esperaba. Una serie de problemas provocó que la compañía no cumpla con sus obligaciones contractuales⁹. El nuevo gobierno de Antonio Flores dio inicio entonces a un arbitraje contra Kelly. Al igual que en el arbitraje contra Palau, en este arbitraje el gobierno de Flores designó como su árbitro al Dr. Pablo Herrera, y como su abogado al jurista Dr. Luis Felipe Borja (Mora López, 1908, pp. 11-12). Sin embargo, el gobierno Flores buscó una solución a la paralización de las obras mediante la firma de un nuevo contrato con una empresa diferente.

2.13. Contrato y disputas con d'Oksza (1890-1897)

En agosto de 1890 el Congreso autorizó al presidente Flores y Jijón la celebración de un contrato con un personaje que había entrado en escena, el Conde Thadée d'Oksza. El futuro contratista se comprometía a formar una compañía europea, la “Compañía del ferrocarril nacional del Ecuador”, que tomaría a cargo la terminación del ferrocarril de Durán a Yaguachi, la reparación del ferrocarril de Yaguachi a Chimbo, la construcción del tramo Chimbo a Riobamba por la vía de Sibambe y la construcción de dos muelles de fierro, uno en Durán y otro en Guayaquil. La explotación del servicio ferroviario y de los muelles debía durar cincuenta años (Congreso de la República, 1890, pp. 48-59).

En el Decreto Legislativo se estipuló que el Sr. Kelly y el representante de la Compañía del Ferrocarril y Obras Pública de Guayaquil, que Kelly había constituido, con la

8 El contrato incluía también una cláusula de arbitraje: “Cualesquiera diferencias que se susciten entre el Arrendatario y el Gobierno serán resueltas mediante juicio arbitral, excluyendo toda intervención diplomática” (El Nacional, 1885).

9 Detalles sobre los problemas que tuvo Kelly fueron expuestos por la delegación ecuatoriana, encabezada por el expresidente Caamaño, ante el comité de comunicaciones ferroviarias de la International American Conference que tuvo lugar en Washington DC en octubre de 1889.

anuencia de sus accionistas, debían suscribir la escritura del nuevo contrato, y debían cederle a ella todos los derechos derivados de los contratos que hubiesen celebrado con la Nación (Art. 4º).

Además, una vez formada la compañía europea y depositada la garantía de dos millones de francos que preveía el nuevo contrato, “el Supremo Gobierno retira toda gestión dando por fenecido el juicio arbitral, el cual seguirá su curso caso no verificarse el depósito” de dicha garantía. Esta situación venía a regularse nuevamente en el artículo 43 del Decreto Legislativo. “Si el Conde d’Oksza no aceptare los términos de este contrato, el Poder Ejecutivo llevará adelante el juicio arbitral iniciado contra los antiguos empresarios...” Congreso de la República, 1890, p. 49). Es decir, una solución similar a la que se aplicó en el caso Palau.

El nuevo contrato con el Conde d’Oksza, incluía la siguiente cláusula arbitral:

Art. 37.- La Compañía renuncia a toda clase de reclamaciones por la vía diplomática. En caso de surgir dificultades entre el Gobierno y la Compañía, estas dificultades serán juzgadas por arbitradores, de los cuales uno será nombrado por el Supremo Gobierno y el otro por la Compañía, nombrando aquellos un tercero en caso de desacuerdo.

Los trabajos que debían ejecutarse bajo el nuevo contrato no avanzaron lo suficiente. Pero más grave fue el hecho que la nueva empresa no había podido depositar la garantía de dos millones de franco en efectivo. Lo que había hecho el Conde d’Oksza era depositar unas letras de cambio suyas, lo que fue rechazado por el gobierno. La compañía, por otro lado, no había podido levantar suficiente capital en el mercado europeo. En la sesión extraordinario de los accionistas de la Compañía del Ferrocarril del Ecuador, Limited, celebrada en Londres en abril de 1894, el presidente del directorio da cuenta de las dificultades que han tenido para obtener fondos del mercado europeo luego de las crisis financieras en Uruguay y Argentina, así como de las negociaciones que una delegación de la compañía había hecho con el entonces nuevo presidente, D. Luis Cordero (1892-1895), y con el Congreso para la renegociación del contrato (Compañía del Ferrocarril Nacional del Ecuador, 1894).

Un representante de la compañía londinense presentó un reclamo formal al gobierno. Y, aunque un arbitraje debió ser el siguiente paso, al parecer éste no llegó a concretarse. Hasta abril 1894, la fecha de la sesión del directorio antes mencionada, no se había iniciado arbitraje alguno¹⁰. Meses más tarde tendría lugar la revolución liberal y con ello se abrió un nuevo capítulo en la historia del país.

2.14. Transacción con Kelly (1897)

Durante todo este tiempo el litigio entre el gobierno nacional y el empresario Kelly se había ido escalando. El tribunal arbitral declaró resuelto el contrato por incumplimiento, y el gobierno procedió a ejecutar el fallo llegando hasta el embargo de la compañía. Kelly llegó inclusive a ser removido de la administración de la empresa. El empresario, por su parte, había entablado una acción de nulidad contra el laudo arbitral (Pérez Concha, 1842, p. 181). El presidente Cordero vio en este litigio un factor adicional que complicaba aceptar el pedido del Conde d’Oksza de celebrar un nuevo contrato.

10 En su informe de abril de 1894, el presidente del Directorio de la Ecuador Railway Company, Ltd. dice a los accionistas que la amenaza del Congreso ecuatoriano de asumir directamente la construcción de las obras que se le había encargado a la empresa no tiene asidero “because the Company was in possession of a perfectly binding Concession, which in case of dispute, was to be submitted to arbitration, but no arbitration up to the present time had been called for” (Compañía del Ferrocarril Nacional del Ecuador, 1894).

En 1896, bajo el gobierno liberal que le sucedió a Luis Cordero, las partes llegaron a una transacción (Ministro de Gobierno, 1897). Esta solución fue necesaria, pues, los juicios entre Kelly y el Gobierno dificultaban la implementación de una solución definitiva al proyecto del Ferrocarril del Sur.

2.15. El contrato con Harman (1897)

El más importantes de los contratos ferroviarios que sí llegó a cumplir con su propósito fue el que celebró el gobierno de Eloy Alfaro con el empresario estadounidense Archer Harman. Este empresario estadounidense jugó un papel clave en hacer realidad una obra que venía gestándose desde la segunda presidencia de García Moreno. El propio Alfaro reconoce que sin la decidida entrega y admirable tenacidad de Harman el proyecto de unir a Guayaquil y Quito jamás habría culminado (Alfaro, 1911).

El 19 de abril de 1897 la Asamblea Nacional promulgó el Decreto mediante el cual autorizó al Ejecutivo a aceptar la propuesta hecha por Hartman y autorizando la celebración del respectivo contrato (Registro Oficial N°352, 1897, p. 2342). La escritura pública se otorgó el 14 de junio de 1897 (Mora López, 1908, p. 49). Un año más tarde el Congreso autorizó la celebración de una reforma al contrato original (Congresos Ordinarios y Extraordinarios, 1899, pp. 66-75).

El contrato de concesión con Harman se realizó a través de la *Guayaquil and Quito Railway Company*, una sociedad constituida bajo las leyes de Nueva Jersey, también conocida en el Ecuador como la Compañía del Ferrocarril. La empresa emitió una serie de bonos en Londres para financiar sus operaciones. La construcción de la línea férrea duraría diez años a un costo de \$17.532.000, Oro Americano que se financiaría a través de un complejo mecanismo. La concesión para su explotación comercial tendría un plazo de setenta y cinco años a partir de la terminación de la obra.

Con respecto a la solución de sus controversias, las partes acordaron que ellas debían ser resueltas por medio de un arbitraje siguiendo un procedimiento singular. El contrato decía:

Art. 27.- Las controversias o desacuerdos que surgieren entre las dos partes contratantes serán resueltos por el Presidente del Ecuador y el de los Estados Unidos; y si éstos no aceptaren el cargo de árbitros, nombrarán cada uno un árbitro para que resuelva toda dificultad; y si estos tampoco se pusieren de acuerdo, los mismos Presidentes nombraran a un tercero.

2.16. Arbitraje y transacción con la *Guayaquil & Quito Railway Co* (1907-1908)

El contrato con Harman estuvo en el centro de las sucesivas controversias y enfrentamientos políticos que acecharon a los gobiernos de Alfaro. Una oposición implacable y casi irracional hizo del contrato con el empresario estadounidense uno de sus blancos. Basta pensar que, en 1898, apenas un año luego de su celebración, el Congreso adoptó una resolución prohibiéndole al gobierno cumplir con el contrato (Registro Oficial N°695, 1898).

El empresario estadounidense no pudo entregar la obra en junio de 1907 como estaba previsto en el contrato. A esa fecha el ferrocarril había llegado hasta Latacunga. La construcción había sufrido varias demoras y severos problemas financieros, en parte ocasionados por la agitación política que rodeaba la obra y que incidían en el financiamiento de la compañía en los mercados internacionales. El gobierno se vio obligado a contribuir con fondos para que los trabajos no se detengan. Fue cuando la Asamblea Nacional —en la que

persistía una oposición a la obra— resolvió que se debían iniciar las acciones judiciales contra la empresa por incumplimiento del plazo. Para este propósito ella misma designó al doctor Manuel Balarezo como Defensor del Fisco para que inicie la respectiva acción judicial, y nombró, además, a un Interventor Fiscal de la empresa, a pesar de que ello, según el contrato, le correspondía hacerlo al Ejecutivo (Pérez Concha, 1842, p. 318).

Fue entonces cuando la empresa constructora demandó el inicio de un arbitraje según lo pactado en el contrato de 1897. El presidente Alfaro designó al Dr. César Borja, un conocido político guayaquileño, como árbitro por parte del Ecuador, y el presidente de los Estados Unidos, Theodore Roosevelt, designó con igual carácter a Mr. William Fox, quien era entonces Ministro Plenipotenciario de esa nación acreditado en Quito. A finales de 1907 el tribunal quedó formalmente constituido, y con ello la tensión política disminuyó. El tribunal procedió luego a recibir las exposiciones de las partes (Pérez Concha, 1842, p. 327).

Sin embargo, hubo un entendimiento informal —revelado luego por Fox en una comunicación dirigida al Departamento de Estado— para que el desarrollo del arbitraje no tome impulso sino hasta después de que el ferrocarril llegue a Quito, hecho que ocurrió meses más tarde, en junio de 1908 (Fox, 1908). A fines de ese año el gobierno de Alfaro suscribió una transacción con Harman, en representación de la empresa ferroviaria, y con Mr. James P. Cooper, representante de los tenedores de bonos de Londres (Fox, 1908). El convenio reconocía la validez del tribunal arbitral al que las partes ponía en conocimiento que la disputa había sido resuelta por la vía de una transacción (Fox, 1908).

3. Hostilidad hacia la jurisdicción extranjera

A pesar de que con el correr de los años el arbitraje privado-público obtuvo un reconocimiento formal en la legislación ecuatoriana, lo cierto es que tanto ese tipo de arbitraje como el arbitraje entre privados no tuvo mayor recepción durante muchas décadas. Un factor que incidió fue probablemente la posición que tuvo el Ecuador durante buena parte del siglo XX con respecto a la jurisdicción extranjera. Aunque a primera vista no parecería tener relación lo uno con lo otro, en realidad sí la tuvo. La actitud favorable de un país hacia la jurisdicción extranjera, como una jurisdicción legítima en la solución de controversias, crea un escenario igualmente favorable hacia el arbitraje internacional, incluyendo al arbitraje entre entidades públicas y personas de derecho privado.

Esta desconfianza hacia la jurisdicción extranjera tiene su raíz en dos vertientes jurídicas. La primera anclada en el derecho internacional público con incidencia en el derecho constitucional, y la otra en el derecho privado.

3.1. La doctrina Calvo

La primera fuente de la actitud hostil hacia la jurisdicción extranjera fueron las doctrinas del jurista y diplomático argentino Carlos Calvo. Sus libros y ensayos de derecho internacional, publicados a inicios del siglo XX, ejercieron mucha influencia en América Latina durante varias décadas, y podría decirse que esa influencia aún persiste en cierta medida. Calvo cuestionó que los estados estén sujetos a un estándar mínimo internacional en su trato a los extranjeros que entren en su territorio. Los extranjeros, según él, estaban sujetos a recibir el mismo trato que los nacionales recibían de sus estados, ni más ni menos. Como resultado, las disputas comerciales entre los extranjeros y el Estado anfitrión no eran disputas internacionales realmente, y menos disputas sujetas a reglas internacionales. Tales disputas eran domésticas sujetas a la ley nacional, y, por lo tanto, no debían ser resueltas por medios diplomáticos sino

por los tribunales del estado anfitrión¹¹.

Como señalaba Pedro Roffe, la doctrina Calvo tiene dos componentes. El uno es el principio de que los extranjeros al contratar con el Estado implícitamente renuncian a ejercer cualquier reclamación diplomática con respecto a tales contratos. Este sería el componente “diplomático”. El otro es componente de carácter jurisdiccional es la prohibición de que los contratos entre el Estado y particulares extranjeros (personas naturales o jurídicas) sean sometidos a la jurisdicción de otros tribunales que no sean los tribunales domésticos (Roffe, 1984).

Tanto el componente diplomático como el jurisdiccional de esta doctrina tuvieron una recepción favorable en América Latina. Al menos el componente diplomático era ya aplicado en el Ecuador como pudimos ver en las cláusulas arbitrales de los contratos ferroviarios. En vista de los medios de coerción que algunos gobiernos extranjeros llegaron a usar para saldar disputas comerciales de sus nacionales con los estados anfitriones, la doctrina Calvo asumió un papel crítico en la construcción de un discurso jurídico de defensa de la soberanía nacional durante fines el siglo XIX y buena parte del siglo XX (Lipson, 1985).

A partir de la Constitución de 1929, que fue la primera en introducir la cláusula Calvo en el país, las demás constituciones ecuatorianas —con la notable excepción de la Constitución de 1946— incluyeron en sus textos dicha cláusula.

3.2. Código Civil

La hostilidad del Ecuador a someter sus disputas con extranjeros a tribunales de justicia que no sean los ecuatorianos estuvo presente también en el plano del derecho privado.

Desde su promulgación en 1861, el Código Civil ecuatoriano tenía, en efecto, una disposición que declaraba nula por ilicitud en su objeto, “la promesa hecha de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas”¹². La interpretación que recibió esta disposición fue desafortunada. Así, contratos que tenían elementos internacionales, y en los que no es inusual que las partes acuerden someterlo a una de las jurisdicciones con las que está conectado el negocio subyacente fueron declarados nulos en el Ecuador en base a la mencionada regla del Código Civil, como fue el caso de un contrato de cesión de marcas (Corte Suprema de Justicia, 1869, pp. 1059 - 1065)

En otra disputa, la Corte Suprema llegó inclusive a ignorar la Convención Internacional de Derecho Internacional Privado de 1928, Código Sánchez de Bustamante (en adelante CSB) que permite a las partes de un contrato internacional escoger la ley aplicable al mismo, y declaró nula una estipulación en un conocimiento de embarque —un típico contrato internacional— que daba exclusiva competencia a los tribunales del Perú, país signatario de dicho tratado internacional (Corte Suprema de Justicia, 1976, pp. 2250-2254).

La interpretación tan restrictiva que se dio en el Ecuador a la citada disposición difería de aquella que sobre una norma idéntica le habían dado los tribunales en Chile¹³. Tanto las cortes chilenas —probablemente como reflejo de una sociedad más incorporada al

11 La literatura sobre la doctrina Calvo es abundante. Una de las primeras reacciones puede verse en Feller, A. H. (s.f.). Ver también Tamburini, F. (2002).

12 En la séptima edición del Código Civil —la última en la cual constaba esta prohibición— el tenor de dicha disposición era la siguiente: “Art. 1505.- Hay objeto ilícito en todo lo que contraviene al Derecho Público Ecuatoriano. Así la promesa de someterse en el Ecuador a una jurisdicción no reconocida por las leyes ecuatorianas es nula por el vicio del objeto” (Código Civil, Art. 1505).

13 El texto del Art. 1505 del Código Civil (7ª edición) era exactamente igual al del Art. 1462 del Código Civil chileno.

mundo— como la doctrina no vieron en dicho artículo un obstáculo para que las partes de un contrato con elementos internacionales puedan someter sus disputas a una jurisdicción extranjera¹⁴.

3.3. Avances importantes

En todo caso, a pesar de la actitud de hostilidad hacia la jurisdicción extranjera, es importante señalar que el Ecuador fue uno de los pocos países latinoamericanos que suscribió en 1958 en Nueva York la Convención para el Reconocimiento y Ejecución de Sentencias Arbitrales Extranjeras, la misma que fue ratificada en 1962¹⁵. Así mismo, el Ecuador se adhirió la convención interamericana que sobre la misma materia fue aprobada en Panamá en 1975 (Organización de Estados Americanos, Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, 1975).

Por otro lado, hay que destacar un fallo de la Corte Suprema de 1972 confirmando la decisión de un juez de instancia de Guayaquil de ejecutar un laudo arbitral expedido en Nueva York. Entre las excepciones que el demandado esgrimió contra la ejecución del laudo estaba la del objeto ilícito del entonces Art. 1505 del Código Civil (Corte Suprema de Justicia, 1972¹⁶).

Ambos, el paradigma de la doctrina Calvo, en sus dos dimensiones, la diplomática y la jurisdiccional, así como la regla del Código Civil del entonces Art. 1505 con su lamentable aplicación judicial, habrían de permanecer relativamente estable por algún tiempo.

4. Arbitrajes privado-público en el siglo XX

Durante las décadas de 1980 y 1990 se registraron dos arbitrajes privado-público de gran importancia.

4.1. El caso IMPREGILO

El primero de estos arbitrajes privado-público con una empresa extranjera involucró a la compañía IMPREGILO, una multinacional italiana de construcción, que había sido contratada por el Instituto Ecuatoriano de Electrificación (en adelante INECEL) en 1978 para la construcción de lo que era entonces la más grande central hidroeléctrica del país¹⁷. La obra se realizó con el financiamiento de fuentes internacionales.

El contrato de esta enorme obra contemplaba una cláusula arbitral para la solución de cierto tipo de controversias de naturaleza más bien técnicas. Cada parte designaría a un árbitro arbitrador, primero. Si entre ellos no se llegaba a un acuerdo, un árbitro arbitrador dirimente previamente designado debía resolver las diferencias. La cláusula establecía que el laudo dirimente sería “definitivo e inapelable teniendo fuerza de sentencia ejecutoriada pasada en autoridad de cosa juzgada”.

Durante la ejecución de la construcción de la central hidroeléctrica surgió un complejo desacuerdo entre las partes. Las partes celebraron un convenio en el que acordaron someter a arbitraje sus desacuerdos (Escritura pública, 16 de abril de 1982). Entre los árbitros

14 Para un análisis de la jurisprudencia chilena sobre el Art. 1462 del Código Civil de esa nación ver. Ossa Guzmán, E., y Zamora Wilsdon, R. (2014).

15 La Convención de Nueva York fue aprobada por el Senado de la República en sesión del 15 de agosto de 1961 (Registro Oficial No. 293 del 19 de agosto de 1961) la misma que fue depositada en 1962.

16 Lamentablemente, esta sentencia no fue publicada en la Gaceta Judicial. Copia de las sentencias de las tres instancias en el archivo del autor.

17 El contrato fue otorgado mediante escritura pública ante el Notario de Quito Dr. Miguel Altamirano Arellano el 10 de enero de 1978.

arbitradores designados por las partes hubo solo un acuerdo parcial, por lo que se hizo necesaria la intervención del dirimiente.

El árbitro dirimiente emitió su laudo en agosto de 1983 que fue, en general, en favor de la contratista. Tanto el INECEL como la Procuraduría General interpusieron un recurso de apelación y nulidad contra el laudo invocando los Art. 356 y 1041 del CPC. Los recursos fueron conocidos por la Primera Sala de la Corte Suprema, luego de un largo debate procesal sobre a quién correspondía conocerlos (Corte Suprema de Justicia, 1985, pp. 1672-1675). La Sala en su sentencia se limitó a hacer un reajuste menor en la porción de sueres que INECEL debía pagar, confirmando en lo demás el laudo arbitral (Corte Suprema de Justicia, 1986, pp. 2634-2678, 2672 y ss.). Un recurso de casación que las partes interpusieron fue rechazado, con lo que el laudo quedó firme (Corte Suprema de Justicia, 1986, pp. 2675-2676). El caso dejó entrever los inconvenientes que ofrecía el CPC en materia del arbitraje.

4.2. El caso Emelec

El otro arbitraje privado-público con un inversor extranjero que surgió durante este periodo fue el caso de la compañía Empresa Eléctrica del Ecuador Inc. (en adelante Emelec). A diferencia del caso IMPREGILO, este fue un caso muy complejo que tuvo importantes efectos políticos y que se prolongó por casi una década.

4.2.1. Antecedentes

En 1925, la Municipalidad del cantón Guayaquil había suscrito un contrato de concesión con Emelec, una compañía establecida en Maine y controlada por accionistas estadounidenses¹⁸. El contrato contemplaba dos cláusulas arbitrales. La una para resolver discrepancias durante la ejecución del convenio, y la otra para establecer el precio justo que la Municipalidad debía pagarle a Emelec por adquirir sus activos al finalizar la concesión, que era de sesenta años.

En vista del crecimiento importante de la demanda de energía que experimentaba Guayaquil y de las inversiones que ello demandaba de la empresa, en 1966 el gobierno ecuatoriano dictó un Decreto Ley mediante el cual se estableció un nuevo régimen económico para las operaciones de la empresa (Registro Oficial N°716, 1966). Entre otras cosas, en dicho Decreto Ley se establecía una metodología para el cobro de tarifas, la que debía ser tal que, entre otros, garantice a la empresa una rentabilidad fija sobre su capital neto invertido (Registro Oficial N°716, 1966).

Con respecto a la solución de controversias, el Decreto Ley estableció que las discrepancias contables sobre la metodología tarifaria o los que surjan sobre cualquier inventario y avalúo, quedaba sometidos a arbitraje. Cada parte designaría a un árbitro, quienes a su vez procurarían dictar un laudo en común. De no ser posible ellos designarían un dirimiente. En el caso de que no haya acuerdo sobre el árbitro dirimiente cada parte podía solicitarle al Banco Interamericano de Desarrollo (en adelante BID) para que le presente al Gobierno una terna de candidatos, de los cuales el Ecuador lo escogería (Registro Oficial N°716, 1966).

A partir de 1981 el Gobierno comenzó a negar a Emelec el cuadro de tarifas que anualmente ella debía presentar. En su lugar, el gobierno ordenaba a la compañía reducir el nivel de las tarifas que, según ella, tenía derecho a cobrar. Como resultado,

18 Con fecha 29 de octubre de 1925 ante el Escribano Dr. Isaac Aurelio Cabezas Villalba, las partes otorgaron la respectiva escritura pública. Ese mismo día las partes celebraron un contrato adicional aclaratorio del principal, que había sido aprobado por el Concejo Cantonal.

Emelec comenzó no sólo a acumular pérdidas sino también deudas con la Corporación Ecuatoriana de Petróleo (en adelante CEPE), que le proveía de combustible para operar sus plantas, y con el INECEL, que le proveía de energía a Emelec para completar la demanda de electricidad que Guayaquil tenía.

4.2.2. Primer arbitraje

En enero de 1990 la compañía anunció su decisión de someter los desacuerdos a arbitraje. No habiendo los árbitros de cada parte logrado un acuerdo para solucionar el desacuerdo, como tampoco en el árbitro dirimente, Emelec solicitó al BID que le presente al Gobierno ecuatoriano tres nombres de candidatos para seleccionar el árbitro dirimente. De la lista que el BID le presentó al Gobierno del presidente Borja se escogió al Ingeniero Jorge Dengo, que había sido vicepresidente de Costa Rica.

En su laudo, de fecha 29 de mayo de 1991, el Ing. Dengo encontró que las modificaciones que el Gobierno había venido introduciendo a las tarifas presentadas por Emelec no tenían fundamento en el Decreto Ley 580. Como resultado, Emelec había acumulado desde 1982 un déficit en su cuenta de estabilización que por su magnitud era inviable solucionarlo mediante un reajuste de las tarifas. El árbitro resolvió, entonces, que las partes implementen un mecanismo de cruce de cuentas entre el crédito que tenía Emelec contra el Estado por el déficit de sus tarifas, con las deudas de la compañía había acumulado con CEPE e INECEL. Esta solución ya la habían considerado las partes durante varias negociaciones directas, sin haber llegado a un acuerdo definitivo.

Dengo realizó varias consideraciones. Una de ellas fue la de reconocer la decisión del Estado de subsidiar las tarifas como una decisión legítima, pero que, sin embargo, no podía ser financiada por la empresa concesionaria, sino por el propio gobierno que debía asumir las deudas que Emelec había acumulado con CEPE e INECEL. Una consideración que tiene asidero en la doctrina del *ius variandi* y sus límites tal como la ha desarrollado el Derecho Administrativo. Dijo el árbitro: "Así, el público usuario disfrutó de tarifas más bajas durante largo tiempo, ahora será el Estado el que pague esta cuenta, al perder Inecel y Cepe dichos ingresos".

4.2.3. Ejecución del laudo

El laudo de Dengo fue mal recibido por el Gobierno. La compañía había estado intervenida por un funcionario del INECEL desde 1989, y ahora había que hacer los registros contables en los libros de la compañía en consonancia con lo resuelto por el árbitro dirimente.¹⁹ Dichas acciones únicamente podía adoptarlas el interventor. Como ello no sucedió, la empresa demandó ante un juez la ejecución del laudo. El juez dictó el correspondiente mandamiento ordenándole al interventor – se trataba de una obligación de hacer –cumpla con todas las obligaciones y prescripciones que emanen de dicho Laudo Arbitral" (Juzgado Undécimo de lo Civil de Guayaquil, 1991).

4.2.4. Segundo arbitraje

En febrero de 1992 la compañía y el gobierno firmaron un convenio para que un tribunal arbitral determine el "justo precio" que el Estado debía pagarle a Emelec por la compra de sus activos tal como estaba previsto en la cláusula novena contrato de concesión de 1925²⁰.

19 El gobierno había dispuesto la intervención de la empresa mediante Acuerdo Ministerial No. 284 del 21 de julio de 1989.

20 El compromiso de arbitraje ente el Estado ecuatoriano y Emelec fue protocolizado mediante escritura pública otorgada en la notaría undécima de Guayaquil el 21 de febrero de 1992.

Cada parte designó a un árbitro, y estos escogieron al tercero. Las partes también acordaron que conforme lo pactado en 1925 el laudo tendría fuerza de cosa juzgada y ejecutoriada su decisión el laudo sería remitido al presidente de la Corte Superior de Guayaquil para su ejecución.

En mayo de 1992 el tribunal por unanimidad profirió el respectivo laudo arbitral estableciendo, en US \$ 43,888,695 el “justo precio” que el Estado debía pagar a Emelec para comprar sus activos e instalaciones²¹. Sin embargo, el Estado se rehusó cumplir con este laudo arbitral.

4.2.5. Incumplimiento y ejecución del laudo

Contrario a lo que había resuelto el árbitro Dengo Obregón, el Gobierno continuó rechazando el cuadro tarifario de Emelec, por un lado, y tanto CEPE e INECEL se negaron a cancelar las deudas de Emelec, por el otro. Y, contrario a lo acordado en el contrato de 1925, el gobierno se negó a comprar los activos de Emelec en el precio fijado por el tribunal arbitral. Es más, su negativa a pagar el precio llevó a que el presidente de la Corte Superior de Guayaquil, a declarar caducada la opción que tenía el Estado de comprar los activos de Emelec. Esto permitió al propietario de Emelec vender la empresa incluyendo sus activos a un tercer inversionista.

4.2.6. Conflictividad y transacción

La conflictividad entre las partes se agudizó. El Gobierno demandó la nulidad del laudo. Por otra parte, el Tribunal de Garantías Constitucionales declaró la inconstitucionalidad del Decreto Ley 560 que había servido de sustento al Laudo Dengo El Tribunal encontró que la cláusula arbitral de dicho Decreto Ley era inconstitucional, pues, a su juicio violaba el Art. 16 de la Constitución en aquello que disponía “que, en los contratos celebrados en el Ecuador, no se podía convenir la sujeción a una jurisdicción extraña” (Registro Oficial N°93, 1993)²². Si bien la Sala Constitucional de la Corte Suprema revocó luego dicha decisión (Corte Suprema de Justicia, pp. 525-527), muchos sectores políticos presionaron al Gobierno para que no cumpla con ninguno de los laudos. Por su lado, Emelec demandó ante la corte federal para el distrito de Washington D. C. el reconocimiento y ejecución del Laudo Dengo bajo las reglas de la Convención de Nueva York (United States District Court, *Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., v. The Republic of Ecuador*, 1993). Pocas semanas después las partes llegaron a una transacción que puso final a sus disputas, al menos temporalmente²³.

5. Conclusiones

Antes de la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación en 1997, nuestro país tuvo algunas experiencias con arbitrajes privados-públicos que hoy podrían ser reconocidos como arbitrajes de inversión. A pesar de las falencias que tenía el sistema legal ecuatoriano con respecto a esta institución, lo cierto es que las partes involucradas en ellos pudieron responder a los desafíos que dichas limitaciones imponían. Ayer como hoy, este mecanismo de solución de controversias estuvo vinculado con inversiones extranjeras, especialmente de

21 Una copia certificada del laudo fue protocolizada en la notaría cuadragésima de Guayaquil el 3 de abril de 1995.

22 El informe que sirvió de sustento a esta resolución puede verse en Moscoso, R. (1993) *Apología del Tribunal de Garantías Constitucionales*. Edit. FESO, pp. 90-94.

23 El acuerdo transaccional fue otorgado mediante escritura pública ante la titular de la Notaría Décima Tercera de Guayaquil el 29 de agosto de 1995. En la implementación de la transacción surgieron nuevas discrepancias por lo que las partes acordaron someterlas a un nuevo arbitraje. El laudo fue expedido el 29 de noviembre de 1996.

grandes proyectos como fue el caso de la construcción del ferrocarril. Resulta interesante, además, subrayar el hecho de que en muchos de estos arbitrajes privado-públicos los árbitros eran autorizados para fallar en equidad, algo que lamentablemente ha sido excluido por la legislación vigente. Resulta igualmente interesante observar que en ocasiones ambas partes acordaban usar el arbitraje como una fórmula para salir de crisis que rebasaban el ámbito estrictamente jurídico. Es caso del arbitraje de Alfaro y Emelec pueden mencionarse. Obsérvese también que en muchos casos fue el Estado, no el inversor, quien optó por demandar, y que en ocasiones lo hizo exitosamente. Finalmente, resulta importante recordar y reflexionar sobre cómo una equivocada jurisprudencia sobre el objeto ilícito y sometimiento a una jurisdicción extranjera puso al Ecuador en franco atraso en el desarrollo de su derecho internacional privado, y el impacto que ello provocó en el arbitraje.

Referencias bibliográficas

- Alfaro, E. (1911). *La Historia del Ferrocarril de Guayaquil a Quito*. Panamá.
- Clark, K. (2012). La obra redentora. El ferrocarril y la nación en Ecuador 1895 - 1930. En S. Fernandez Rueda, *El Ferrocarril de Alfaro. El sueño de la integración*. Quito: Corporación Editora Nacional.
- Compañía del Ferrocarril Nacional del Ecuador, Limited (Ecuador National Railway Co. Ltd.) (1894). Statement of the Directors, 16th April.
- Congreso Constitucional (1885). *Diario de Debates del Congreso Constitucional de 1885*. Quito: Imprenta Nacional.
- Contratista del Ferrocarril Central (1899). Exposición del Contratista del Ferrocarril Central a las H.H. Cámaras Legislativas. Quito: Imprenta del Clero.
- Diario Oficial*. (20 de junio de 1891).
- El Nacional, Periódico Oficial*. (26 de mayo de 1885).
- Escritura pública (16 de abril de 1982) otorgada ante el Notario de Quito Dr. Jorge Campos.
- Fox (1908). Comunicación de Minister William C. Fox al Departamento de Estado de los Estados Unidos de América, en Foreign Relations, File No. 2540/146-150. No. 354. Ecuador "Arbitration of the difficulty between the Ecuadorian Government and the Guayaquil & Quito". No. 354. Quito.
- García Idrovo, G. (2008). *El ferrocarril más difícil del mundo*. Alausí-Quito: Instituto de Investigación Histórica y Cultura Popular "Nuevo Alausí"/Comisión Nacional Permanente de Conmemoraciones Cívicas.
- Lipson, C. (1985). *Standing Guard. Protecting Foreign Capital in the Nineteenth and Twentieth Centuries*. California: University of California Press.
- Ministro de Gobierno (1897). Informe concerniente a las secciones de Instrucción Pública, justicia y Beneficiencia que presenta el Ministro de Gobierno a la Convención Nacional 1896-1897. Quito: Imprenta Nacional.
- Mora López, J. (1908). *Historia del Ferrocarril Trasandino*. Quito.
- Pérez Concha, J. (1842). *Eloy Alfaro: su vida y su obra*. Quito: Talleres Gráficos de Educación.
- Presidente de la República (1875). *Mensaje del Presidente de la República al Congreso Constitucional*. Quito: Imprenta Nacional.
- Roffe, P. (1984). Calvo y su vigencia en América Latina. *UNCTAD Reprint Series* No. 53.

Legislación y normativa

- Compañía de Ferrocarriles y Obras de Guayaquil (1888). Estatutos de la Compañía de Ferrocarriles y Obras de Guayaquil. Guayaquil: Imprenta de la Nación.
- Congreso Constitucional del Ecuador (1887). Leyes y decretos de los Congresos de 1885 y 1886. p. 168-173. Quito.
- Congreso de la República (1887). Decreto Legislativo aprobado el 8 de agosto de 1887. *Sancionado por el Presidente Caamaño.*
- (1887). Decreto Legislativo de fecha 6 de agosto de 1887. Quito, Ecuador.
- (1887). Leyes y decretos de los Congresos de 1885 y 1886. Decreto Legislativo de 4 de agosto de 1885. *Sancionado por el Presidente Caamaño el 5 de agosto de 1885.* Quito: Congreso Constitucional del Ecuador.
- (1892). Decreto Legislativo en Leyes, Decretos y Resoluciones expedidos por los Congresos Extraordinarios y Ordinarios de 1890. p. 26-36. Quito: Imprenta del Gobierno.
- (1892). Leyes Decretos y Resoluciones por los Congresos Extraordinarios y Ordinarios de 1890. Decreto Legislativo de 22 de agosto de 1890. p. 48-52. Quito: Imprenta del Gobierno.
- Congresos Ordinarios y Extraordinarios. (1899). Colección de Leyes y Decretos expedidos por los Congreso Ordinarios y Extraordinarios de 1898. p. 66-75. Quito: Imprenta Nacional.
- Imprenta del Gobierno (1887). Código de enjuiciamientos en materia civil de la República del Ecuador. Quito: Imprenta del Gobierno.
- Organización de los Estados Americanos (1975). Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional. Panamá.
- Registro Oficial (1966). No. 716. Decreto Ley No. 580 del 22 de marzo.
- (1993). No. 93 Suplemento del 23 de diciembre de 1993. Resolución No. 283-92-CP.
- (1897). Año III, No. 352 del 24 de abril de 1897. p. 2342.
- (1898). Año IV, No. 695, del 29 de septiembre de 1898.

Jurisprudencia

- Corte Suprema de Justicia. (1969). Gaceta Judicial Series XI, No. 8. (*Rymland Industries Ltda y Confort Spring Corporation v. Siderurgica Ecuatoriana S.A.*), p. 1059-1065.
- (1972). Primera Sala. 27 de junio de 1972.
- (1976). Gaceta Judicial. Series XI. No. 11. (*Amazonas Compañía de Seguros C. Ltda v. Europacífico S.A.*), p. 2250-2254.
- (1985). Gaceta Judicial Serie XIV, No 7 (Enero-Abril). p. 1672-1675.
- (1986). Gaceta Judicial, Serie XIV, No. 12 (Septiembre-Diciembre). p. 2634-2678, 2672 y ss.
- (s.f.). Gaceta Judicial (Resoluciones anteriores a la publicación de la “Gaceta Judicial”). *Año II, No. 60.*
- (s.f.). Sala de lo Constitucional. Gaceta Judicial, Series XVI, No. 2. p. 525-527.
- Juzgado Undécimo de lo Civil de Guayaquil (1991). Procedimiento No. 709-A-91. *Auto del 28 de agosto de 1991.*
- United States District Court (2009). *Empresa Eléctrica del Ecuador Inc., v. The Republic of Ecuador.*