

El tratamiento del arbitraje en la nueva Constitución ecuatoriana

Juan Manuel Marchán

I.- INTRODUCCIÓN:

Mediante un proceso de consulta popular, los ecuatorianos votamos favorablemente para que una Asamblea Nacional Constituyente (en adelante “ANC”) elabore una nueva constitución política que sería puesta en consideración de la población mediante referéndum.

La ANC, conformada en su mayoría por asambleístas pertenecientes al partido de gobierno, redactó una nueva Constitución Política que fue aprobada por una amplia mayoría de los ecuatorianos mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008.

El 20 de octubre de 2008 se publicó en el Registro Oficial No. 449 el texto de la nueva Constitución aprobada por la ANC y, por tanto, la nueva carta política entró en vigencia en todo el territorio ecuatoriano.

La Constitución reconoce el arbitraje nacional y contiene disposiciones para su regulación, pero, sin embargo, lo hace con una perspectiva distinta a la de su antecesora. De la misma forma contempla una normativa específica en relación con el arbitraje internacional y los tratados y convenios internacionales que no resulta beneficiosa para el desarrollo del arbitraje internacional en el Ecuador.

De hecho, la nueva Constitución intentó blindar al Estado ecuatoriano de cualquier posibilidad de someterse a los denostados procesos de arbitraje internacional sin que, a juicio del autor, este objetivo haya sido exitosamente alcanzado.

El Ecuador experimenta en la actualidad una abierta hostilidad hacia el arbitraje internacional derivada de las múltiples demandas internacionales presentadas por inversionistas extranjeros y por decisiones contrarias a los intereses del Estado.

En este artículo se examina lo siguiente: (i) El nuevo régimen constitucional aplicable al arbitraje como un mecanismo alternativo a la administración de justicia estatal para la solución de controversias *vis à vis* las normas de la Constitución de 1998¹; (ii) Cómo se interrelacionan y compatibilizan las nuevas normas constitucionales con las disposiciones previstas en la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante “LAM”) vigente en el Ecuador².

¹ Registro Oficial No. 1, de 11 de agosto de 1998.

² Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación en el Registro Oficial No. 417, de 14 de diciembre de 2006.

II. RECONOCIMIENTO DEL ARBITRAJE Y OTROS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE RESOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN:

La nueva Constitución reconoce expresamente al arbitraje como mecanismo válido para la solución alternativa de conflictos. En efecto, su artículo 190 contenido en la Sección Octava del Capítulo IV del Título IV de la Constitución, dispone:

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

Esta disposición es similar a la contenida en la Constitución de 1998 que igualmente reconocía el arbitraje como método alternativo de solución de controversias. La norma pertinente estaba ubicada en el acápite correspondiente a la Función Judicial y, en su artículo 191, señalaba lo siguiente:

“Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional. De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales. **Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley. [...].**”

La nueva Constitución mantiene el reconocimiento al arbitraje, sin hacer distinción entre nacional o internacional, tendencia que existe en las diversas constituciones y leyes de arbitraje en América Latina³.

Sin embargo de esto, la disposición constitucional en estudio trae dos normas que no constaban en la Constitución de 1998 una de las cuales, a nuestro juicio, puede ocasionar más de un problema para el desarrollo del arbitraje en el Ecuador: (i) La determinación de que los métodos alternativos de solución de controversias “...se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza **se pueda transigir**”, y; (ii) La necesidad de contar - para todos los casos en los cuales el Estado se debe someter a arbitraje - con el “...pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado”.

2.1. LA DETERMINACIÓN DE QUE LOS MÉTODOS ALTERNATIVOS DE SOLUCIÓN DE CONTROVERSIAS “...SE APLICARÁN CON SUJECIÓN A LA LEY, EN MATERIAS EN LAS QUE POR SU NATURALEZA SE PUEDA TRANSIGIR”

Esta disposición constitucional no registra mayor novedad en vista de que la determinación de que el arbitraje se aplicará únicamente a las materias en las que se pueda transigir constaba ya en la Ley de Arbitraje y Mediación.

3 Fernando Cantuarias Salaverry, ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LAS INVERSIONES, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Editora Jurídica GRILEY E.I.R.L., Abril 2007, Pág. 79 y ss.

El artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece lo siguiente:

“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 o por árbitros independientes que se conformaren para conocer dichas controversias”.

El concepto o determinación de que se puede considerar como transigible y, por ende, susceptible de arbitraje consta en el Código Civil al referirse al contrato de transacción⁴. Como veremos más adelante, la nueva Constitución intentó establecer una restricción a la arbitrabilidad objetiva al impedir la celebración de tratados que establezcan mecanismos arbitrales para temas contractuales o comerciales.⁵

2.2. LA NECESIDAD DE CONTAR PARA TODOS LOS CASOS EN LOS CUALES EL ESTADO SE DEBE SOMETER A ARBITRAJE CON EL “... PRONUNCIAMIENTO FAVORABLE DE LA PROCURADURÍA GENERAL DEL ESTADO”.

Esta disposición resulta desafortunada para el desarrollo del arbitraje nacional e internacional en el Ecuador, ya que restringe la posibilidad del Estado de someterse a arbitraje mientras no cuente con la autorización de un funcionario notablemente político, como lo es el Procurador General del Estado que es, a su vez, designado por el Presidente de la República.

Antes de la vigencia de la mencionada norma constitucional, tanto la Ley de Arbitraje y Mediación como la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado⁶ (en adelante “LOPGE”) establecían los requisitos para que una entidad del sector público pueda someterse al arbitraje.

En primer término, cuando el Estado acuerda someterse a arbitraje nacional, la LAM determina en su artículo 4 una serie de requisitos que deben cumplirse para que dicho acuerdo sea válido, a saber:

“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.

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:

⁴ Código Civil, Título XXXVIII, La Transacción.

⁵ Sobre arbitrabilidad objetiva véase: Eduardo Silva Romero, El objeto del Contrato de Arbitraje: La Arbitrabilidad Objetiva, Introducción, El Contrato de Arbitraje, Editorial LEGIS, Bogotá – Colombia, 2005; Ximena Herrera Bernal, Arbitrabilidad Objetiva, El Arbitraje Comercial, Estudio de la Convención de Nueva York con motivo de su 50 aniversario, Editorial Abeledo Perrot; Alvaro Mendoza Ramírez, Arbitrabilidad Objetiva, El Contrato de Arbitraje, Editorial LEGIS, Bogotá – Colombia, 2005.

⁶ Codificación No. 15. Registro Oficial No. 312 de 13 de Abril del 2004.

(i) 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; (ii) La relación jurídica al cual se refiere el convenio deberá ser de carácter contractual; (iii) En el convenio arbitral deberá incluirse la forma de selección de los árbitros; y, (iv) 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.”

La aplicación de esta norma legal no entrañaba en la práctica problemática alguna, ya que en más del 90% de los casos en los cuales el Estado se sometía a arbitraje⁷ era a través de la celebración de cláusulas arbitrales contenidas en los diversos contratos, sin necesidad de contar con la autorización del Procurador. Igualmente eran pocos los casos en los cuales el Estado suscribía un compromiso arbitral posterior al surgimiento de la controversia, lo que sí requería de la autorización del Procurador General del Estado.

Por su parte, el artículo 11° de la LOPGE, en concordancia con la LAM, establece que las entidades del sector público podrán someterse a arbitraje sin necesidad de autorización o pronunciamiento favorable del Procurador, salvo en los siguientes casos: (i) Cuando la controversia hubiera surgido con posterioridad a la firma del contrato (compromiso arbitral), y; (ii) Cuando el Estado quiera someterse a arbitraje internacional.

Como puede evidenciarse, la normativa infra-constitucional vigente en el Ecuador no requiere de la autorización o el parecer favorable del Procurador para que las instituciones del sector público se sometan a arbitraje, salvo los dos casos arriba mencionados. En virtud del principio de supremacía constitucional previsto en el artículo 424 de la nueva Constitución⁸, estas dos normas legales estarían tácitamente derogadas por oponerse a una expresa norma que manda contar con el parecer favorable del Procurador General del Estado, bajo pena de carecer de “... eficacia jurídica”.

La autorización del Procurador General estará, sin duda, sometida a la política que mantenga el gobierno de turno frente al arbitraje y no obedecerá a las ventajas de éste frente a la justicia ordinaria como son la “...neutralidad del foro, reconocimiento internacional de los laudos, inapelabilidad de las decisiones arbitrales, idoneidad y experiencia de los árbitros, confidencialidad del proceso, rapidez y economía y ahorro de recursos para el Estado”⁹.

⁷ Estadísticas del año 2008 de la Cámara de Comercio de Quito.

⁸ Constitución Política de la República del Ecuador:

Art. 424.- 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. La Constitución y los tratados internacionales de derechos humanos ratificados por el Estado que reconozcan derechos más favorables a los contenidos en la Constitución, prevalecerán sobre cualquier otra norma jurídica o acto del poder público.

⁹ Xavier Andrade Cadena, “Las Ventajas del Arbitraje Internacional: Una Perspectiva Ecuatoriana”, Revista de Derecho Com-

III. EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN:

3.1. Antecedentes:

La adopción de la nueva Constitución Política del Ecuador estuvo inmersa, como hemos señalado, en un abierto clima de hostilidad hacia el arbitraje internacional y, especialmente, hacia el arbitraje entre inversionistas privados y el Estado.

Previo a la instalación de la ANC, el Ecuador había denunciado múltiples tratados bilaterales de inversión¹⁰ y había notificado al Centro Internacional para el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI que bajo el artículo 25(4) del Convenio del CIADI no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro las disputas "... que surjan en materias relativas al tratamiento de una inversión, que se deriven de actividades económicas relativas al aprovechamiento de recursos naturales, como petróleo, gas, minerales u otros"¹¹.

Igualmente en la región se vivía un clima adverso hacia el arbitraje internacional que tuvo su punto más delicado con la denuncia del Convenio del CIADI por parte de la República de Bolivia y las múltiples iniciativas de países latinoamericanos en contra del CIADI.¹²

Lamentablemente, la hostilidad tradicional hacia el arbitraje internacional que ha existido en América Latina¹³ y que parecía haberse superado se ha reactivado con mucha fuerza en el Ecuador, a tal punto que el propio Presidente de la República anunció un frente común en contra del CIADI¹⁴, lo que a nuestro juicio originó que

parado, Arbitraje, Ed. Rubinzal – Colzoni, Buenos Aires, (2005), p. 134-139.

10 Nota de prensa disponible en: www.elcomercio.com/solo_texto_search.asp?id_noticia=19861 (El Ecuador denunció tratados de inversión

1/30/2008)<http://icsid.worldbank.org/ICSID/FrontServlet>

11 Carta enviada por el Estado Ecuatoriano a la Secretaría General del CIADI, el 23 de noviembre de 2007, disponible en: t.

12 Emanuel Gaillard, *Anti Arbitration Trends in Latin America*, *The New York Law Journal*, Volume 238 No. 108, June 5, 2008; Marco E. Schnabl & Julie Bédard, *The Wrong Kind of 'Interesting'*, *The National Law Journal*, July 30, 2007; *Latin Lawyer Review*, *INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, Nigel Blackaby y Silvia Noury; Xavier Andrade Cadena y Marco Tulio Montañes, *INTRODUCTORY NOTE TO ECUADOR'S NOTICE UNDER ICSID ARTICLE 25(4)*, 47 *ILM* 154 (2008), *International Legal Materials*, *The American Society of International Law*.

13 H. Grigera Naon, *Arbitration in Latin America: Overcoming traditional hostility (An Update)*, 22 *INTER-AMERICAN L. R.* 203 (1991); A. Garro, *The Uncitral Model Law and the 1988 Spanish Arbitration Act: Models for Reform in Central America*, 2 *THE AMERICAN R. OF INT'L ARB.* 201 (1990); H. Grigera Naon, *International Commercial Arbitration in Latin America: What now?*, *COMPARABILITY AND EVALUATION, ESSAYS IN HONOUR OF DIMITRA KOKKINI-IATRIDOU* 325 (1994); R. Layton, *Changing Attitudes towards Dispute Resolution in Latin America*, 10 *J. INT'L ARB.* 123 (1996); F. Mantilla Serrano, *Major trends in International Commercial Arbitration in Latin America*, 17 *J. INT'L ARB.* 139 (2000); B. Fulkerson, *A Comparison of Commercial Arbitration: the United States & Latin America*, 23 *HOUSTON J. OF INT'L L.* 537 (2001); A. Garro, *LATIN AMERICAN LAW: ARBITRATION LAW & PRACTICE* (2001); N. Blackaby, D. Lindsey y A. Spinillo (Eds.), *INTERNATIONAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, *KLUWER LAW INTERNATIONAL*, (2002); J. Kleinheisterkamp, *INTERNATIONAL COMMERCIAL ARBITRATION IN LATIN AMERICA*, *OCEANA PUBLICATIONS*, (2005); Cristián Conejero Roos, "La Influencia de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional en América Latina: Un Análisis Comparativo", *Revista de la Corte Española de Arbitraje* 255, Año 2004, páginas 255-290.

14 Nota de prensa disponible en: <http://www.hoy.com.ec/noticias-ecuador/gobierno-anuncia-frente-comun-contra-el-ciadi-283512-283512.html>. (última visita Diciembre 7 de 2008)

los asambleístas tengan ya un marcado prejuicio en contra del arbitraje internacional que iba a verse reflejado en cómo la nueva Constitución trataría este complicado tema.

3.2. El tratamiento del arbitraje internacional en la nueva Constitución:

En vista del complicado ambiente político que rodeó a la discusión de la nueva Constitución y, especialmente, a la aprobación de la normativa referente al arbitraje internacional, era de esperarse que el producto final sería una mezcla de declaraciones políticas – filosóficas sin un norte claro.

De manera curiosa, la norma constitucional que intenta regular el arbitraje internacional está bajo el Título VIII, en la sección correspondiente a las Relaciones Internacionales y a los Tratados Internacionales en forma de una prohibición hacia el Estado para celebrar tratados futuros.

En efecto, la norma contenida en el artículo 422 de la Constitución establece una prohibición expresa para que el Estado ecuatoriano celebre tratados o instrumentos internacionales en los que se ceda jurisdicción “soberana” a instancias de arbitraje internacional en materias contractuales o comerciales, en los siguientes términos:

“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.”

En primer término, debemos referirnos a lo que se debe entender por “jurisdicción soberana” en el contexto de la norma constitucional citada, que entendemos es la facultad del Estado de administrar justicia a través de los mecanismos reconocidos en la Constitución y en la Ley¹⁵.

La norma aprobada por la ANC parte de tres premisas jurídicas que consideramos incorrectas y que analizaremos en este capítulo: **(i)** La primera es que los asam-

¹⁵ Al respecto debemos remitirnos a lo que dispone el Código de Procedimiento Civil al referirse a jurisdicción cuando señala en su artículo 1 lo siguiente: “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 magistrados y jueces establecidos por las Leyes.”

bleístas asumen que la única fuente de sometimiento por parte de un Estado a un arbitraje internacional es la celebración de tratados internacionales; **(ii)** La segunda es que los assembleístas asumen que los únicos tratados que admiten la posibilidad de someterse a arbitraje internacional son aquellos que tratan materias contractuales o comerciales; y, **(iii)** La tercera es que los assembleístas igualmente asumen que las únicas materias que se discuten en los arbitrajes internacionales tiene carácter contractual o comercial.

En el primer caso, la norma constitucional referida no impide que el Estado pacte el sometimiento a arbitraje internacional al celebrar un contrato con un inversionista extranjero, lo que es perfectamente válido y permitido por la norma en mención. Recordemos que la prohibición es sólo para la celebración de tratados futuros. En este caso, si el Procurador General del Estado da su consentimiento podría pactarse, como ya se lo ha hecho, arbitraje internacional **contractual** sin que esto esté prohibido por la norma arriba transcrita¹⁶.

En el segundo caso es igualmente evidente que no solamente los tratados que tratan de asuntos comerciales o contractuales son los únicos que prevén la posibilidad de someter las controversias que se deriven de éstos al arbitraje internacional. El ejemplo más claro son los tratados bilaterales de inversiones que, como veremos, no tratan necesariamente de temas contractuales o comerciales y que establecen un marco de garantías y protección a los inversionistas extranjeros. Otro ejemplo son los tratados de límites o alianzas militares que establecen mecanismos arbitrales para la solución de controversias y no son necesariamente contractuales o comerciales.

En el tercer caso las controversias entre inversionistas extranjeros y Estados que son sometidas a arbitraje internacional no se derivan necesariamente de relaciones contractuales o comerciales, sino de la violación o desconocimiento de las obligaciones que el Estado ha asumido –en favor de la generalidad de inversores de otro país– en los tratados bilaterales de promoción y protección de inversiones.

Lo que la norma constitucional prohíbe es que el Ecuador suscriba **tratados que establezcan mecanismos arbitrales en disputas de tipo comercial o contractual**. Sin embargo, las disputas entre inversionistas y Estados se derivan, en su mayoría, de violaciones a tratados bilaterales de promoción y garantía de inversiones o a obligaciones de derecho internacional público, lo que no estaría prohibido por la norma.

¿Alcanza esta limitación de “comercial o contractual” prevista en el artículo 422 de la nueva Constitución al arbitraje de inversión? La respuesta a esta pregunta no es fácil; intentar hacer una determinación sobre qué se entiende por “comercial o contractual” es una tarea complicada.

Bajo la legislación ecuatoriana podríamos empezar determinando que por “contractual” se entendería toda relación bilateral de dar, hacer o no hacer en los términos

¹⁶ De hecho el Estado Ecuatoriano ha celebrado ya contratos con las compañías petroleras o telefónicas en los cuales se ha pactado arbitraje internacional, con sede en Chile, bajo las Reglas de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional CNUDMI.

previstos en el Código Civil.¹⁷ El definir lo que se entiende por comercial nos obliga a remitirnos, principalmente, al Código de Comercio que determina quiénes tienen la calidad de comerciantes¹⁸ y qué son actos de comercio.¹⁹

En este sentido, podemos afirmar que conforme la legislación ecuatoriana la restricción de “comercial o contractual” prevista en la norma constitucional no abarca al arbitraje de inversión, ya que la naturaleza de la controversia es una violación a un tratado con un objeto específico que no puede considerarse como contractual o comercial. Si bien el Estado suscribe contratos con los inversionistas privados, la gran mayoría de arbitrajes no son por violaciones a los contratos sino a los tratados bilaterales de inversiones. Es común igualmente que el Estado firme contratos de inversión, lo que tampoco estaría prohibido por la norma constitucional en mención.

En materia internacional consideramos que el punto de partida para definir qué puede entenderse como “comercial” sería la norma prevista en la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, en su artículo 1:

“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

¹⁷ Según el artículo 1454 del Código Civil: “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.”

¹⁸ El Código de Comercio determina las personas que pueden ser consideradas o no como comerciantes: “Art. 2.- Se considerarán comerciantes a las personas naturales y 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.”

¹⁹ Igualmente la definición de actos de comercio está prevista en el artículo 3 de esta norma que señala 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. Pertenecen 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.

Existe otra normativa que regula actividades comerciales y afines como la Ley de Promoción y Garantía de Inversiones, la Ley de Telecomunicaciones, la Ley de Compañías, entre otras.

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 o férrea o por carretera.”²⁰

Esta interpretación de carácter ejemplificativo provista por la Ley Modelo es bastante amplia y cubre la mayoría de los aspectos referentes a las transacciones comerciales internacionales. Diversos autores coinciden en señalar que al término “comercial” se le debe dar una amplia definición y que se debe estar a lo previsto por las normas locales de cada país. De hecho, autores como Alan Redfern y Martin Hunter han señalado que pese a que “...problemas han surgido ocasionalmente [con la definición de comercial], las cortes de ciertos países han adoptado una definición uniforme, la perspectiva general es que comercial debe abarcar todo tipo de transacciones o negocios”.²¹

Como conclusión podemos decir que la limitación hecha por la norma constitucional de que no podrán celebrarse tratados donde se ceda jurisdicción soberana a instancias arbitrales en materias contractuales o comerciales 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, más no regulan actividad comercial o contractual alguna.

3.3. Excepciones a la prohibición de celebración de tratados futuros:

El artículo 422 de la Constitución establece que la prohibición de suscribir tratados futuros tiene dos excepciones, que son las siguientes: (i) 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; (ii) En 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.

La primera excepción contenida en el artículo 422 nos llama la atención de manera particular, ya que establece dos presupuestos que no quedan claros de la lectura de la norma:

(a) El primer presupuesto es cuando la norma se refiere a “ciudadanos” sin determinar al verdadero alcance del uso de esta palabra. Esta redacción deficiente de la norma constitucional nos deja algunas dudas: i) Debemos remitirnos al derecho ecuatoriano para ver quienes son “ciudadanos”? ii) Debemos remitirnos al derecho del país de nacionalidad del “ciudadano” que buscar iniciar el arbitraje? iii) Al decir “ciudadanos” la norma excluye a las personas morales, pero no a las naturales de-

²⁰ Ver Artículo I de la Ley Modelo CNUDMI.

²¹ Citado por Fernando Cantuarias Salaverry, ARBITRAJE COMERCIAL Y DE LAS INVERSIONES, Universidad Peruana de Ciencias Aplicadas (UPC), Editora Jurídica GRILEY E.I.R.L., Abril 2007, Pág. 61.

trás del inversionista?.

La pobre redacción de la norma constitucional deja estas preguntas sin una respuesta clara, lamentablemente en las actas de discusión de la ANC no aparece cual fue la real intención de los asambleístas al emplear el término “ciudadanos”.

(b) El segundo presupuesto es cuando la norma dice ciudadanos “en Latinoamérica” tampoco queda claro: i) Si la sede del arbitraje deberá ser un Estado latinoamericano; ii) Si las disputas deben haberse originado en algún país de Latinoamérica; iii) O si el órgano que administre el arbitraje deberá ya sea ser latinoamericano o encontrarse en Latinoamérica.

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.

Finalmente la segunda excepción se refiere al arbitraje internacional para la determinación de la legalidad, justicia y transparencia de la deuda externa adquirida por el Estado ecuatoriano. 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 ilegítima²² y de iniciar acciones legales en contra de la banca acreedora.

3.4. El espíritu de las normas constitucionales referentes a arbitraje internacional:

La confusa, poco clara y “políticamente cargada” redacción de las normas constitucionales analizadas, especialmente del artículo 422, abren las puertas para que haya todo tipo de interpretaciones sobre si es posible o no tener arbitrajes internacionales el Ecuador.

De hecho, en las discusiones iniciales llevadas a cabo por los asambleístas miembros de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana de la ANC (mesa que conoció la reforma), se evidencia un total desconocimiento y un abierto prejuicio hacia el arbitraje internacional. Los asambleístas miembros de esta mesa al tratar el tema, concluyeron lo siguiente:

“El Artículo 8 (actual 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

²² Para mayor abundamiento véase el Informe Final de Auditoría Integral del Crédito Público emitido por la COMISIÓN DE AUDITORÍA INTEGRAL DEL CRÉDITO PÚBLICO CAIC.

cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en casos de controversias originadas por relaciones contractual 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 comercial.”²³

Es innegable que la voluntad de los asambleístas era el “blindar” al Estado Ecuatoriano de la obligación de someterse a **cualquier** tipo de arbitraje internacional, especialmente a los denostados arbitrajes de inversión. Más aún, las actas del pleno de la ANC evidencian igualmente la intención de los asambleístas de evitar el arbitraje a toda costa:

“LA ASAMBLEÍSTA CALLE MARÍA AUGUSTA. En el primer inciso, se habla, concretamente, que el Estado ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas o jurídicas-privadas; ese es el espíritu de primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es una voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales.”²⁴

Existen otras intervenciones de los asambleístas del partido de Gobierno²⁵ (que era la abrumadora mayoría) que evidencian con absoluta claridad que el espíritu de los constituyentes siempre fue vetar o prohibir que el Estado pueda ser demandado en arbitraje internacional, lo que tememos traiga problemas en el futuro, especialmente cuando se intente ejecutar un laudo arbitral en contra de una institución del Estado.

3.5. Lo positivo de la reforma constitucional:

Consideramos que la reforma constitucional llevada a cabo por la ANC no fue del todo mala, ya que mantuvo el reconocimiento constitucional hacia el arbitraje, lo que a todas luces es positivo. En un Gobierno de marcadas tendencias anti-arbitraje, la reforma constitucional pudo haber sido devastadora para el arbitraje.

Igualmente, es importante señalar que la reforma constitucional elimina el concepto de jurisdicción extraña y la prohibición de sometimiento al arbitraje, constante en el artículo 14 de la Constitución Política anterior que señalaba lo siguiente:

23 Información contenida en documentación dirigida por la Asambleísta María Augusta Calle, Presidenta de la Mesa de Soberanía, Relaciones Internacionales a Integración Latinoamericana, al Presidente de la Asamblea, mediante Oficio No. 017-AC-M9-P de 16 de abril de 2008, disponible en www.asambleaconstituyente.gov.ec.

24 Acta de la discusión de la Sesión No. 51 de 20 de mayo de 2008.

25 Acta No. 038 del 22 de Abril de 2008: “LA ASAMBLEÍSTA OCLES ALEXANDRA. En el artículo ocho, queremos hacer una mención especial, y es que el espíritu de este artículo es rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y personas de derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales.” “EL ASAMBLEÍSTA ATARIHUANA GEOVANNY. [...] Por eso es que instrumentos como el famoso CIADI para proteger las inversiones extranjeras, deben ser rechazados por los pueblos. Y si alguna vez algún Gobierno, que no estuvo comprometido con su pueblo, sino con otros intereses, firmó, es necesario que denunciemos ese tratado. Y no se trata de dogmas o de posiciones ideológicas, sino de hechos concretos.”

“Art. 14.- Los contratos celebrados por las instituciones del Estado con personas naturales o jurídicas extranjeras, llevarán implícita la renuncia a toda reclamación diplomática. **Si tales contratos fueren celebrados en el territorio del Ecuador, no se podrá convenir la sujeción a una jurisdicción extraña, salvo el caso de convenios internacionales.**” (negrillas fuera del texto)

Esta norma no ha sido recogida en la nueva Constitución, por lo que se elimina definitivamente el concepto de jurisdicción extraña con relación al arbitraje, pese a que ha habido ya decisiones judiciales que señalan claramente que el término jurisdicción extraña no alcanza al arbitraje internacional.²⁶ La no inclusión de esta norma aleja definitivamente los fantasmas de considerar al arbitraje como jurisdicción extraña en el Ecuador, argumento que era utilizado para impedir que el Estado pueda someterse a arbitraje internacional.

IV. CONCLUSIONES:

En conclusión, podemos decir lo siguiente:

-La perspectiva del arbitraje nacional en el Ecuador es alentadora y no debería verse mayormente afectada por la aprobación del nuevo texto constitucional, ya que se mantiene el reconocimiento del arbitraje como método alternativo para la solución de controversias.

Lo complejo de la reforma está en el nuevo requerimiento que establece el artículo 190 de la Constitución: el de contar con la aprobación previa del Procurador General del Estado para que el sector público pueda pactar arbitraje. Esta reforma es poco afortunada ya que pone esta importante decisión en manos de un funcionario político que responde a los intereses del Gobierno.

Lamentablemente, tememos que el Procurador no tome su decisión pensando en las ventajas del arbitraje, sino en la conveniencia política para que un determinado caso sea o no resuelto en arbitraje. Esta limitación cobra mayor gravedad cuando el régimen actual ha manifestado su abierta oposición hacia el arbitraje.

-La perspectiva del arbitraje internacional no es tan alentadora. Pese a que

²⁶ EMELEC v. Ministerio de Energía y Minas, Corte Suprema de Justicia, Sala de lo Constitucional, fallo de 7 de febrero de 1994.

la disposición constitucional está mal redactada, es confusa y no consigue el objetivo buscado por los assembleístas, el espíritu de la norma es claro y busca impedir a toda costa que el Estado se someta a arbitraje internacional. Esta reforma - con dedicatoria al CIADI - nos hace prever que el desarrollo del arbitraje internacional tendrá problemas en el futuro en el Ecuador.

Sin embargo de esto es importante anotar que los arbitrajes existentes o las ofertas abiertas de arbitraje contenidas en diversos tratados bilaterales de protección de inversiones permanecen válidas e inalteradas, conforme la Convención de Viena sobre Derecho de los Tratados de la cual el Ecuador es parte²⁷. Ocurre lo mismo con las cláusulas arbitrales internacionales contenidas en los diversos contratos suscritos entre inversores extranjeros y el Estado ecuatoriano previos a la reforma constitucional.

- La propuesta de crear centros regionales de arbitraje en Latinoamérica es positiva; sin embargo, consideramos que es un desacierto restringir el arbitraje internacional a centros que, por ahora, no existen y limitar, como lo hace el artículo 422, el arbitraje a las disputas entre los Estados y ciudadanos en Latinoamérica, excluyendo a las personas jurídicas.

Es positivo que en los nuevos contratos petroleros el Estado esté empleando cláusulas arbitrales internacionales que ponen a Chile como sede de los arbitrajes y a la Corte Permanente de Arbitraje de La Haya como autoridad nominadora.

-Creo que la coyuntura es especial para el desarrollo de los sistemas arbitrales internacionales privados, tales como la Corte Internacional de Arbitraje de la CCI o la Asociación Americana de Arbitraje AAA, instituciones que podrían fácilmente sustanciar procesos arbitrales entre particulares y Estados e inclusive procesos arbitrales derivados de tratados de inversión, como ha ocurrido en otros casos.

-Finalmente lamentamos la pobre y confusa redacción de las normas constitucionales comentadas en este trabajo, los assembleístas actuaron sin pleno conocimiento de lo que es arbitraje y los prejuicios y presión política impuestos por el Gobierno fueron superiores a las abrumadoras ventajas del arbitraje, especialmente internacional, como método para la resolución de controversias entre inversionistas y el Estado.

²⁷ Registro Oficial No. 6 de 28 de Abril de 2005.

