



Facultad de Derecho

Arbitraje Comercial Internacional de una Persona Natural o Jurídica Extranjera
en contra del Estado Ecuatoriano

Trabajo de Titulación presentado en conformidad a los requisitos establecidos
para optar al título de Abogado de los Tribunales y Juzgados de la República
del Ecuador

Mariana Villavicencio Lara

Oscar Fernando Obando Bosmediano

2010.

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

“Declaro haber dirigido este trabajo a través de reuniones periódicas con el estudiante, orientando sus conocimientos para un adecuado desarrollo del tema escogido, y dando cumplimiento a todas las disposiciones vigentes que regulan los Trabajos de Titulación.”

Mariana Villavicencio L.
Doctora en Jurisprudencia
C.C.1707355473

DECLARACIÓN DE AUTORÍA DEL ESTUDIANTE

“Declaro que este trabajo es original, de mi autoría, que se han citado las fuentes correspondientes y que en su ejecución se respetaron las disposiciones legales que protegen los derechos de autor vigentes.”

Oscar Obando Bosmediano

100233283-9

DEDICATORIA

Este Trabajo es dedicado a mi papá Fabián Gonzalo Obando Arturo, padre ejemplar que me entregó todo su amor y confianza para poder comenzar y acabar mi carrera Universitaria, quien con su constante y abnegado esfuerzo me supo dar su apoyo incondicional y sabiduría, incluso después de su muerte, para aprender a ser un buen hijo, profesional y ciudadano, a usted mi amado Padre. A mi madre Lila Bosmediano Navas, ejemplo claro del amor y la entrega a su familia, los dos fuente de mi vida y razón de mi existencia.

RESUMEN

El arbitraje como método alternativo de solución de conflictos surge como una solución a las problemáticas de la justicia ordinaria, en el Ecuador el arbitraje nace a partir de los conflictos limítrofes, es así que los casos más emblemáticos de arbitraje ecuatoriano han sido por desacuerdo en límites fronterizos. El arbitraje en sus comienzos aparece como un método exclusivamente utilizado por los Estados, donde el particular no participaba y tampoco podía resolver conflictos con el Estado mediante arbitraje.

A medida que la sociedad cambió sus formas primarias de producción (siembra, ganado) producción más compleja e incursiones en la industria a gran escala, se generan fenómenos propios a las relaciones interpersonales como son los conflictos, de tal modo los particulares ven la necesidad de solucionar sus conflictos mediante un método que responda a la realidad de encontrar soluciones oportunas, naciendo el arbitraje entre privados sobre temas transigibles, mismo que se desarrollaba en el marco de las regulaciones jurídicas existentes (Código de Procedimiento Civil).

En 1997 nace la Ley de Arbitraje y Mediación (actual) en respuesta a discusiones de foros de comercio internacional, lugar en donde se acoge recomendaciones internacionales de crear una legislación internacional uniforme en tema de arbitramento. Nuestra Ley de Arbitraje y Mediación contempla el arbitraje internacional comercial, lo hacen también distintos instrumentos internacionales, abriendo la opción que los particulares y el Estado Ecuatoriano se sometan a arbitraje en Centros nacionales o internacionales sobre los conflictos generados por las relaciones comerciales entre estos dos.

Desde la vigencia de la Constitución 2008 el arbitraje comercial internacional con participación del Estado, se ha visto limitado, ya que se establece la prohibición de celebrar instrumentos internacionales en donde el Estado ceda jurisdicción extranjera a centros internacionales, con excepción a aquellos

centros y órganos jurisdiccionales latinoamericanos. Mediante esta prohibición más otras actuaciones, se deja a nuestro país con la única opción de someter sus conflictos en Centros de arbitraje nacionales o latinoamericanos, de tal forma que los inversionistas extranjeros sienten amenazada su inversión o prefieren dejar de invertir.

Le corresponde consecuentemente al Ecuador tomar acciones afirmativas y negativas (de “no hacer”) con la finalidad de atraer, mediante otras formas, inversión extranjera directa, así como le compete también apoyar al robustecimiento del arbitraje comercial internacional latinoamericano, más cuando ha sido uno de los promotores de tal.

ABSTRAC

Arbitration gives birth as an alternative method of resolve conflicts, instead of ordinary justice, in Ecuador it develops since the arrangements of border problems, therefore this method was use only between States, not particulars.

As society changed its ways of primary production for industrialization and international commerce, people sees the need of resolve their conflicts generated as a result of industrialization, in consequence starts the beginning of arbitration by particulars, which was regulated by the Code of Civil Procedures and a supreme decree (in Ecuador).

In 1997 the Congress passes the Arbitration and Mediation Law, in response of several discussions of high level representatives of countries looking for similar regulations in the arbitration subject. Our Ecuadorian arbitration and mediation law gives the citizen the opportunity of bringing problems to foreign and national centers of arbitration in commerce subjects.

Since Constitution 2008 is being apply, the international commerce arbitration when the State participates has being limited, because of the prohibitions of subscribing international conventions that gives jurisdiction of resolving problems in foreign centers related of commerce and international contracts of investments between multinationals and the State of Ecuador. There is an exception of the previously said, the only international centers of arbitration that can attend Ecuador are those located in Latin America, therefore investments feel threaten and some of them will refuse to continue investing in Ecuador.

In consequence Ecuador has to take affirmative decisions to attract foreign investments with the finality of preserve those alien funds, and even with more effort Ecuador has to make politics to strong Latin American Commerce Arbitration.

ÍNDICE

1. El Arbitraje como sistema de solución de conflictos en el Ecuador	3
1.1. El Arbitraje internacional en el Ecuador generalidades e historia	4
1.2. Procedimientos para someter controversias a Jurisdicciones Extranjeras	8
1.3. El procedimiento arbitral	12
 2. Relaciones comerciales y contractuales Extranjeras con el Estado Ecuatoriano	 17
2.1. Principales inversionistas extranjeros en el Ecuador	19
2.2. Los tratados bilaterales de Inversión	26
2.3. Conflictos generados entre el Ecuador e inversionistas extranjeros	35
 3. El Arbitraje internacional en la nueva Constitución ecuatoriana	 43
3.1. Limitación del Arbitraje Internacional en la nueva Constitución	46
3.2. Arbitraje Latinoamericano, historia, referentes	53
3.3. El Ecuador y el Arbitraje internacional Latinoamericano perspectivas	59
3.4. Efectos comerciales derivados del nuevo marco legal que regula el Arbitraje Internacional	68

4. Validez extraterritorial de laudos arbitrales en el Ecuador.....	74
4.1. Formalidades, traducción y legalización de laudos arbitrales extranjeros.....	76
4.2 Marco jurídico sobre eficacia y validez de laudos extranjeros.....	79
4.3. Procedimiento para ejecutar laudos Extranjeros en el Ecuador.....	84
5. Legislación Comparada.....	89
5.1. Colombiana.....	90
5.2. Estadounidense.....	92
6. Conclusiones y Recomendaciones.....	96
7. Anexos.....	110

INTRODUCCIÓN

El presente trabajo de titulación estudia de manera histórica, analítica y sistemática como el Arbitraje Comercial Internacional cuando el Estado es una de las partes en el conflicto, se ha venido desarrollando en el Ecuador, es entonces que se aborda los antecedentes históricos del Arbitraje ecuatoriano, así también los primeros esbozos de arbitraje comercial en el Ecuador, para finalmente analizar el estado en que se encuentra en la actualidad este método alternativo de solución de conflictos.

Para el desarrollo ha sido necesario remitirse a los antecedentes históricos mediante textos de varios autores ecuatorianos que critican el Arbitraje, en primera instancia aquel que trataba de buscar soluciones a problemas limítrofes, normalmente arbitraje que se daba entre Estados fronterizos, para después que sea llevado hasta el campo privado-comercial, lo cual demuestra un poco la diversidad y transformación que ha sufrido y viene sufriendo el arbitramento en nuestro país y en varios de la región.

Ha sido indispensable también remitirse a la normativa jurídica reguladora del arbitraje comercial y como ésta ha venido respondiendo al paso del tiempo, para lo cual se ha investigado textos legales antiguos y las críticas hechas a éstos, todo esto con la finalidad de tener un mejor criterio al momento del desarrollo del presente trabajo. Los Instrumentos Internacionales suscritos por el Ecuador en temas de resolución alternativa de conflictos y comercio internacional constituyeron también una gran fuente de investigación.

Los objetivos fundamentales del presente trabajo van dirigidos al análisis de la actual disposición constitucional contenida en el Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador y como ésta influye en el mundo jurídico del Arbitraje Comercial ecuatoriano y un panorama de los efectos positivos y negativos que se han de producir. Es objetivo también dejar en claro cuales son los pasos que tienen que tomar nuestros líderes políticos en materia de Comercio

Internacional y el nuevo campo que empieza a nacer en temas de Arbitraje Comercial Latinoamericano, pues no se puede dejar de lado aquellas actuaciones positivas que les compete cumplir a los encargados de la política internacional ecuatoriana para la inserción del Ecuador al Arbitraje Latinoamericano y el robustecimiento del mismo.

Finalmente abordar las conclusiones y obtener de éstas recomendaciones es el padre de los objetivos, toda vez que resulta inevitable proveer mediante este trabajo, posibles soluciones a los efectos negativos que se vendrán de los cambios constitucionales realizados al arbitraje comercial internacional a partir de la Constitución de la Republica 2008.

CAPÍTULO I

EL ARBITRAJE COMO SISTEMA DE SOLUCIÓN DE CONFLICTOS EN EL ECUADOR.

Dentro de la historia de las sociedades y dividiendo a la historia en sus diferentes etapas, la edad antigua, la edad media, la edad moderna, edad contemporánea y la historia del tiempo presente, se han suscitado relaciones e intercambio de distintas índoles tales como: comerciales, civiles, mercantiles, de las cuales en sus mejores casos han resultado negocios claros y diáfanos y en otros por distintos motivos se han desvirtuado sus orígenes conllevando a uno o más conflictos. El diccionario de la Real Academia de la Lengua Española define al conflicto como: “*Combate, lucha, pelea*. U. t. en sent. fig.” De ahí que generado lo ya descrito, lo apropiado es encontrar una solución ágil y poco costosa, para que estos negocios que mueven el aparato productivo de las sociedades, tanto en el nacimiento de éstas, cuanto en la actualidad, operen de manera libre y justa.

En nuestros días nos vemos envueltos en una realidad que nos exige agotar muchos recursos en un tiempo muy limitado y con costos bastantes ajustados también, de ahí que aquellos que pueden con este desafío diario serán los llamados eficientes y aptos para el competitivo mundo del cual somos parte. En el tema que se va a analizar en este estudio hay que entender cuando?, cómo?, se puede solucionar conflictos relacionados entre dos partes, sin que éstos lleguen a absurdos litigios que acaban con la esencia misma del comercio, el cual es, su agilidad, dinamismo y descomplicación

El mundo jurídico, el cual también tiene que ser cambiante y dinámico, se ha visto en la necesidad de acoplarse a esta forma tan rápida de solucionar conflictos, fuera de su forma tradicional y ceremonica que le caracteriza, pero sin perder ese poder de estricto cumplimiento que se requiere. De ahí que han nacido aquellos mecanismos de solución alternativa de conflictos los cuales no son sino, de una manera muy descriptiva, formas de buscar soluciones

distintas a las tradicionales, a los conflictos generados entre dos personas o una persona jurídica o natural contra el Estado.

Dentro de la variedad de formas en las que se puede solucionar un conflicto de manera distinta a la ordinaria están: Las soluciones amigables (negociación), la cual no tiene otro objetivo que calmar las tensiones entre quienes se ven envueltos en uno o más desacuerdos, también ocurre que las partes en discrepancia toman la ayuda de un tercero neutral para que contribuya en la búsqueda de una posible solución (mediación), o finalmente podrán recurrir a una alternativa en la cual las partes sometan su problema (siempre que sea susceptible de transacción) a uno o varios árbitros para que éstos sean quienes tomen una decisión sobre el conflicto y que la resolución tomada (laudo) sea de estricto cumplimiento para quienes voluntariamente decidieron ir por esta vía, es decir en este caso hablamos del arbitraje, que será en lo que se concentre este estudio.

I.I. El Arbitraje Internacional en el Ecuador, generalidades e historia.

En el Ecuador el arbitraje tiene una trascendencia española, si bien en nuestros tiempos se ha homogenizado el sistema del arbitraje en el mundo, también se puede decir que sus inicios son muy particulares tanto a la época, cuanto a su forma misma de ser, por ejemplo dentro de la Constitución Política de la Monarquía Española ¹ en su capítulo II desarrollaba, *“No se podrá privar a ningún español del derecho de terminar sus diferencias por medio de jueces árbitros, elegidos por ambas partes.”*¹ De allí ya podemos observar el estricto mandato que hace la ley al consagrar y garantizar la voluntad de los ciudadanos de escoger la forma en la que sus problemas han de ser resueltos.

En los actuales tiempos en nuestro país se ha presentado el arbitraje a nivel de Estados, este el caso del Ecuador y Perú cuando después de los tan conocidos problemas limítrofes históricos, en 1942 se decide dar poderes plenipotenciarios al capitán de navío Braz Días de Aguiar para que resolviera

¹ Constitución de la Monarquía Española, Cádiz 19 de marzo de 1982.

¹ Constitución de la Monarquía Española, Cádiz 19 de marzo de 1982, Capítulo Segundo.

en calidad de árbitro, los desacuerdos que podían darse en la demarcación fronteriza correspondiente a la sección oriental.² Es entonces cuando la legislación ecuatoriana acoge a esta forma de solucionar controversias en su legislación, dándole ya una categoría contemplada en la ley, de tal forma que en la Codificación de Procedimiento Civil del año 1960, incluyó por primera vez dentro de sus normativas, en la sección No. 33, del Título II, del libro II el “Juicio por Arbitraje”, así también más adelante para complementar estas disposiciones legales regiría la Ley de Arbitraje Comercial, dictada mediante decreto supremo No. 735 de 23 de octubre de 1963, la cual estaba conjuntamente con la norma antes indicada, llamada a resolver temas mercantiles de manera ágil y sucinta las cuales eran sometidas a la Cámara de Comercio. Finalmente el Congreso Nacional del Ecuador el 21 de agosto de 1997 dicta la Ley de Arbitraje y Mediación (actual) la cual deroga y sustituye de manera expresa a lo contenido en el Código de Procedimiento Civil con respecto a los “Juicios por Arbitraje” y al mencionado decreto supremo.

De esta forma muy breve el Ecuador adopta las tendencias del Arbitraje que se venían recomendando y realizando a nivel mundial por las naciones de la tierra, sobre todo en Occidente, de tal manera que en la actualidad es una práctica común y muy bien organizada en los sujetos que intervienen en búsqueda de solucionar sus desavenencias de toda índole, empero siempre que sean transigibles y amparados en un texto legal que les indica la forma en la que deben actuar, como deben de hacerlo y sobre todo les asegura que la decisión que se haya tomado, tendrá la misma validez que las aquellas que son emanadas por representantes del Estado para impartir justicia, es decir la justicia ordinaria. No será hasta el 5 de junio de 1998 cuando la Asamblea Nacional Constituyente mediante la aprobación de la nueva Constitución Política del Ecuador recoge a la solución alternativa de conflictos (arbitraje) y le otorga un rango constitucional, de esta manera el Art. 191 de la Carta Magna de 1998 reza: *“Se reconocerá el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos, con sujeción a la ley.”*

² Álvaro Garaicoa Teodoro, Ob, cit., págs. 375 a 377

ARBITRAJE ADMINISTRADO O INDEPENDIENTE.-

Es importante precisar, entrando en tema de arbitraje, cuales son los tipos existentes, es entonces que podemos hablar de arbitraje institucional o administrado conocido también como ad - hoc o independiente. El primero nace de la voluntad de las partes al momento mismo de la redacción de la cláusula o convenio arbitral, entonces éstos decidirán que de existir un conflicto o con la finalidad de prevenir uno venidero, las partes se someterán a un centro especializado y autorizado de arbitraje, el cual tiene su propio reglamento de funcionamiento y por ende las partes tendrán que someterse a tales regulaciones. De ahí que quienes optan por que su problema sea resuelto dentro de la esfera de un centro de arbitraje están en la obligación de acatar todas y cuantas regulaciones internas existan y además dar fiel cumplimiento a la resolución que dicho Tribunal decida. En el Ecuador los Centros de Arbitraje están encargados a los grupos agremiados, es decir, cámaras de comercio, producción, industria. Dentro de la esfera del Derecho Social existen Centros de Arbitraje para conflictos laborales, p.e. Ministerio de Trabajo y Empleo; los cuales son el más claro ejemplo de instituciones que regulados bajo una normativa interna, brindan Arbitraje Institucional o Administrado.

Cuando el arbitraje no es administrado ni institucional, es decir cuando las partes no han decidido que sea un Centro de Arbitraje el que avoque conocimiento del problema y le solucione a éste siguiendo su normativa interna para el procedimiento de la causa, y por el contrario se pacta a una sola persona como arbitro o a varias, y no se define una reglamentación clara para procedimientos, entonces es cuando se habla de un arbitraje Ad- Hoc, consiguientemente el arbitraje independiente se caracteriza por que puede llevarlo una persona independiente quien actúa como árbitro, o tres profesionales elegidos por las partes que conformarán un tribunal, de tal suerte que dentro de estos casos son ellos quienes en base a la norma legal , o dependiendo del caso bajo “su leal saber y entender” (equidad) serán los que tomen una resolución en base a lo expuesto y presentado por las partes, lo

cual sin lugar a dudas dará a luz a una resolución que también tendrá el carácter de obligatorio cumplimiento para las partes y con las mismas características de los laudos emanados por un Centro de Arbitraje y mediación.

En conclusión, si se toma en cuenta la forma en la que se ha de llevar el proceso y a donde las partes van a ventilar su proceso, bien a un Centro de Arbitraje o ante un árbitro o árbitros independientes, el arbitraje en el primero de los casos será Administrado y en el segundo Independiente o Ad- hoc.

ARBITRAJE EN DERECHO O EN EQUIDAD.-

Siguiendo con los tipos de arbitraje hay que diferenciar aquellos que han de ser resueltos en derecho o en equidad. El primero tal y como su propio nombre nos da pautas para entenderlo, se refiere cuando la resolución que tome el árbitro o árbitros sea estrictamente apegada a la ley, es decir que para que se de tal o cual resolución el juzgador ha tomado en cuenta, haciendo énfasis, en la normativa legal aplicable a ese caso específico. De esto nace la necesidad de que el laudo (resolución) sea motivada en normas legales aplicables en el caso específico, se explique su pertinencia y se enumere la normativa que se aplicó como base para la resolución, lo cual conlleva a que un arbitraje en derecho requiera como árbitro (s), a un (s) profesional en derecho, es decir un abogado.

El arbitraje en equidad por el otro lado, da un campo de facultad más grande a los que han de resolver, de esta forma si bien es cierto se basarán en parte, en normativa legal como un criterio objetivo, no es menos cierto que podrán tomar una resolución en base a su leal saber y entender. De ahí que un árbitro que tome una resolución en equidad no necesariamente tiene que ser un abogado en libre ejercicio profesional, sino también podrá desempeñarse en otras áreas, en conclusión el arbitraje en equidad no se resuelve tomando criterios solamente jurídicos, sino también de acuerdo a la sana crítica; las reglas de la sana crítica son: *“reglas de lógica y de la experiencia humana suministradas por la psicología, la sociología, otras ciencias y la técnica, que son las que dan*

al juzgador (árbitro) conocimiento de la vida y de los hombres, y permite distinguir lo que es verdadero y lo que es falso.”³

I.II. Procedimientos para someter controversias a jurisdicciones extranjeras.

ARBITRAJE NACIONAL O INTERNACIONAL.-

En relación al lugar en donde se va a desarrollar el arbitraje se habla de arbitraje nacional o internacional, el primero claro está es aquel que se da dentro de las fronteras del Ecuador, mientras que el internacional será aquel en que el conflicto se ventile ante tribunales o centros especializados de solución de conflictos extranjeros. Para que exista arbitraje internacional no se necesita solamente la voluntad de los contrayentes, ya que el Art. 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación establece tres presupuestos en los que se daría el arbitraje internacional; y, estos son:

- 1) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan su domicilio en Estados diferentes;
- 2) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio, este situado fuera del Estado en donde una de las partes tiene su domicilio;
- 3) Cuando el objeto del litigio, se refiera a una operación de comercio internacional.

Finalmente el Art. 42 del mismo cuerpo de leyes establece que el arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos por el Ecuador. ⁴

Con el objeto de entrar en la parte esencial de este capítulo, materia de este análisis, existe un caso especial cuando opera el arbitraje y este es cuando una de las partes es el Estado, en nuestro caso el Ecuador. La normativa jurídica que rige el sometimiento del Ecuador al arbitraje tanto nacional o internacional está contemplada en los Tratados Internacionales suscritos por el

³Sentencia de la Corte Suprema de Justicia, 24 de enero 1978, Sana Crítica.

⁴Ley de Arbitraje y Mediación, Arts. 41 y 42.

Ecuador, en la ley de arbitraje y mediación y en específico dentro de aquellas cláusulas compromisorias o convenios arbitrales en las que el Ecuador decidió someter un conflicto fuera de la jurisdicción ordinaria. La ley de Arbitraje y Mediación establece de forma expresa las condiciones para que el Estado o una de sus Instituciones acuda, en caso de controversias, a resolverlas mediante arbitraje, mismas que se encuentran contempladas en el Art. 4 de la norma legal antes mencionada.

Ahora bien dado el caso que el Estado es parte dentro de arbitraje, éste podrá ser dentro de un centro de arbitraje nacional o en un centro de arbitraje internacional, es ahí donde corresponde analizar también si se han cumplido los requisitos ya mencionados del Art. 41 de la ley de Arbitraje y Mediación. El tema de arbitraje internacional, siendo una parte el Estado ecuatoriano, es común a los conflictos con inversores extranjeros. La base jurídica en donde se pueden dar, y en la práctica se ha dado este tipo de arbitraje, son los Tratados Bilaterales de Inversión, mismos que ha suscrito el Ecuador con 16 países y en su gran parte establecen que de darse conflicto entre el inversionista y Estado receptor, será un tribunal o centro extranjero el que avoque conocimiento del problema y de su futura solución. Si bien es cierto la legislación ecuatoriana contempla la posibilidad de que el Ecuador se da jurisdicción y se someta a Tribunales Arbitrales Extranjeros, no es menos cierto que existen criterios contrapuestos sobre esto y más aún en la actualidad mediante la Constitución de la República del Ecuador que nos rige desde el Lunes 04 de octubre de 2008 (R. O. No. 449.), en donde existe una limitación en cuanto a este Arbitraje Internacional cuando el Estado Ecuatoriano es parte, tema que será analizado en un capítulo expreso dentro de este estudio, por su gran trascendencia.

Cabe mencionar que existen estudios y corrientes de pensamiento como la Doctrina Calvo *la cual establece que en caso de existir conflictos entre el inversor y el Estado receptor “serán de conocimiento exclusivo de las cortes de justicia nacionales y deberán ser resueltos bajo la legislación nacional”*⁵, estos

⁵ Doctrina Calvo

criterios sin duda alguna están afincados en el hecho cierto que el Estado tiene temas de orden público de suma importancia, los cuales son de tan grande trascendencia, que resulta hasta irresponsable que conozca y resuelva un particular. Ahora bien un Estado en el que en la actualidad ha tomado gran parte en las relaciones comerciales tanto con nacionales, cuanto con extranjeros, que su inversión en la economía cada día se ve más relacionada con el sector privado productivo, no puede continuar con la rígida postura de someter sus controversias por mínimas que estas sean, ante las cortes nacionales, de ahí también que si la Ley de Arbitraje y Mediación establecen los presupuestos cuando cabe arbitraje con el Estado (Art. 4 L.A.M.) bien sea éste nacional o extranjero, existe otras normas legales, incluso jerárquicamente superiores a la mencionada ley, que mandan a someter al Ecuador ante centros de solución de conflictos foráneos. El caso de los Tratados Bilaterales de Inversión, de los cuales el Ecuador es signatario con algunos países del mundo, que tiene como preceptos, entre otras cosas, garantizar la no discriminación, el trato nacional, el trato de la nación más favorecida, establece también de forma expresa y garantista que los conflictos devenidos entre una empresa nacional del país suscriptor del tratado y el Ecuador en caso de controversias, sean sometidas a tribunales de solución de controversias extranjeros. Los Tratados Internacionales suscritos por el Ecuador (Tratados Bilaterales de Inversión)⁶ y la misma legislación arbitral, el Estado Ecuatoriano

⁶ ALEMANIA 21 de Marzo de 1996 R.O 84 de 11-06-1996 12 de Febrero de 1999
 ARGENTINA 18 de Febrero de 1984 R.O.785 de 20-09-1995 1 de Diciembre de 1995
 BOLIVIA 25 de Mayo de 1995 R.O. 159 de 24-09-1999 15 de Agosto de 1997
 CANADA 29 de Abril de 1996 R.O. 105 de 10-07- 1997 6 de Junio de 1997
 CHILE 27 de Octubre de 1993 R.O. 785 de 20--09-1995 2 de Enero de 1996
 CHINA 21 de Marzo de 1994 R.O. 104 de 9-07-1997 1 de Julio de 1997
 CUBA 6 de Mayo de 1997 R.O. 330 DE 2 -06-1998 1 de Junio de 1998
 EL SALVADOR 16 de Mayo de 1994 R.O. 381 de 28-11-1995 14 de Enero de 1996
 ESPAÑA 26 de Junio de 1996 R.O.106 de 11-07-1997 18 de Junio de 1997
 E.E.U.U. 27 de Agosto de 1993 R.O. 49 de 22-04-97 11 de Mayo de 1997
 FINLANDIA 18 de Abril de 2001 R.O. 395 de 22-08-2001 16 de Diciembre de 2001
 FRANCIA 7 de Septiembre de 1994 R.O.778 de 11-09-1995 10 de Junio de 1996
 GRAN BRETAÑA 10 de Mayo de 1994 R.O. 778 de 11-09-1995 24 de Agosto de 1995
 NICARAHUA 2 de Junio de 2000 D.E.1412E de 05-04-2002
 Intercambio de ratificaciones
 25-07-2002
 8 de Septiembre de 2002
 PARAGUAY 28 de Enero de 1994 R.O. 782 de 15 09 1995 18 de Septiembre de 1995
 PERU 7 de Abril de 1999 R.O 341-17-11-1999 10 de Diciembre de 1999
 RUMANIA 21 de Marzo de 1996 R.O. 104 de 9-07-1997 18 de Julio de 1997
 SUIZA 2 de Mayo de 1968 R.O. 247 7-04-1971 11 de Noviembre de 1969
 URUGUAY 31 de Julio de 1985 Intercambio de ratificaciones 31- d0e7 -J1u9I9io5p de 195
 VENEZUELA 18 de Noviembre de 1993 R.O. 548 de 14-10-1994 1 de Febrero de 1995

y sus Instituciones pueden acudir a resolver los distintos conflictos que se puedan generar y que sean susceptibles de transacción, ante un centro de arbitraje nacional o internacional y de allí puede nacer una resolución que en uno de los casos, como ya existe, disponga que el Estado Ecuatoriano haga o deje de hacer alguna cosa.

En conclusión dentro de los tipos de arbitraje que se empezó a estudiar, en la normativa ecuatoriana existente tanto en la ley, como en los Tratados Internacionales, está aquel en que una de las partes es el Estado. Si bien es cierto la Ley de arbitraje y mediación indica cuando el Estado ecuatoriano se puede someter a arbitraje, en la actualidad existen criterios y normas de rango constitucional en los cuales éste tipo de arbitraje se reduce de gran forma, por no decir que se elimina totalmente. El Art. 422 de la Constitución del Ecuador que actualmente nos rige, establece de manera expresa que está prohibido suscribir Tratados Internacionales en los que el Ecuador ceda jurisdicción a extranjeros, es decir y con la finalidad de ser específico, desde que empezó a regir la Constitución hoy vigente, no se podrá celebrar aquellos Tratados Internacionales en los cuales el Ecuador como parte del incentivo a las inversiones extranjeras, permitía que se sometían sus conflictos a centros extranjeros ya conocidos como el CIADI o las Cámaras de Comercio Internacionales (Inglaterra, París), aclarando siempre que una de las partes sea el Estado ecuatoriano, por lo que solamente se deja una salvedad, la cual es que los centros extranjeros puedan ser latino americanos.

Concluyendo, en efecto si existe limitación y entorpecimiento al arbitraje internacional cuando el Estado Ecuatoriano es parte, puesto que solo y de manera excluyente podrán ser resueltas estas controversias entre el inversionistas extranjero y el Estado ecuatoriano, en Centros de Arbitraje de latino- América, quedado desplazados todos los Centros de Arbitraje restantes del mundo.

En el desarrollo de este estudio, es imprescindible aclarar cual es el alcance de la Constitución del Estado con referencia al tema en mención, lo cual es uno de los objetivos específicos y de gran relevancia, por cuanto constituye un tema importante, sino es el más importante dentro del desarrollo de esta tesis.

I.III. El Procedimiento arbitral.

Se ha hablado ya de la historia del arbitraje, como nace en el Ecuador, en que casos específicos se ha utilizado y en fin su desarrollo y hasta los tipos de arbitraje existentes en nuestro país. Corresponde en este punto analizar que todos estos tipos de arbitraje tienen algo en común, lo cual es un conflicto que se va a solucionar, o al menos se va a tomar una decisión sobre éste que llevará a las partes a ponerlo fin, sin que esto siempre sea del gustos de las ellas. Las resoluciones o mejor dicho los laudos arbitrales tomadas por los árbitros sobre el problema puesto en un estado de resolución, sin importar si han sido resueltos en derecho o en equidad, de forma administrada o independiente, si las partes han sido particulares o si una de estas fue el Estado, tienen un valor en común, esto es que todas son de estricto cumplimiento para las partes involucradas y además son plenamente ejecutables como cualquier sentencia emanada por un órgano jurisdiccional, y más aún tienen una característica que les hace especiales y mucho más efectivas frente a las sentencias mencionadas, los laudos arbitrales tienen la calidad de sentencia ejecutoriada, de última instancia y pasada en autoridad de cosa juzgada, esto de conformidad y con el Art. 30 de la Ley de arbitraje y mediación. En conclusión todos los tipos de arbitraje traerán al final un laudo (resolución) el cual deberá ser cumplido de forma estricta por las partes y gracias a la Ley de Arbitraje y Mediación estas resoluciones no se quedan como meros enunciados o no constituyen nada para las partes, todo lo contrario éstas son tan válidas como una sentencia de un Juez civil o laboral, y de forma especial por un mandato legal, son inapelables y perfectamente ejecutables tal y como lo dispone el Art. 32 del cuerpo legal antes mencionado, lo cual hace del arbitraje, una forma sencilla, eficiente, ágil y alternativa de

solucionar los conflictos con una posibilidad de obtener una resolución, la cual es tan válida y de tanto cuidado como lo es una sentencia.

Finalmente y cerrando este primer capítulo que es el *sistema arbitral en el Ecuador* hay que mencionar cuales son los aciertos de este sistema de solución alternativa de conflictos. Sin duda alguna entendemos que el hecho de que exista una norma legal que lo rige, la Ley de Arbitraje y Mediación, es un gran paso adelante para aquellos que pensamos en éste como una buena alternativa a la hora de someternos a solucionar un problema, por que si bien es cierto para que exista la solución de un conflicto no es siempre necesario un marco legal que le establezca a las partes que y como han de solucionar sus problemas, sin embargo no es menos cierto que mediante un marco legal que establece y da parámetros en cuestiones de procedimientos, hace más fácil y eficaz el sistema arbitral que para muchos es novedoso, sin mencionar la gran responsabilidad que constituye que una resolución será de obligatorio cumplimiento para las partes, es decir, ese poder coercitivo que tiene la ley, en el presente caso la norma legal ya mencionada, ya que desde la definición existente en el Art. 1 del Código Civil, se conoce que la ley **manda**, prohíbe o permite y dentro del caso que nos ocupa la ley tantas veces mencionada(L.A.M.), manda ciertos procedimientos y solemnidades que hay que seguir para la eficiencia, eficacia, y sobre todo la validez del arbitraje (arbitraje internacional, arbitraje con el Estado Ecuatoriano), así también permite que el acuerdo de las voluntades de a luz a un sistema llamado arbitraje (cláusula arbitral, convenio arbitral), y adentrándonos más a temas de cumplimiento y de validez de todo lo hecho durante el proceso de arbitraje, su resolución (laudo) por medio de la ley tiene las características ya antes indicadas (inapelable, autoridad de cosa juzgada, sentencia ejecutoriada), que hace de estos laudos tan importantes que sin duda alguna es un acierto y una de las fortalezas que tiene el *sistema arbitral en el Ecuador*. Las garantías que brindan los Tratados Internacionales no pueden escapar de este estudio, ya que éstos en temas de arbitraje internacional brindan a las partes esa gran posibilidad de llevar temas comerciales y de otra índole ante Tribunales

Extranjeros, los cuales resolverán sin apasionamientos que puedan nublar el criterio, y de esos procesos se obtendrá una resolución foránea sí, pero perfectamente ejecutable en el Ecuador mediante las distintas convenciones firmadas y ratificadas por nuestro país, entre otras y las más importante la Convención de Nueva York (1958) la cual garantiza la eficacia del cumplimiento de los laudos extranjeros en el Ecuador, que tiene sus excepciones, que en caso de ser aplicadas con objetividad y administrando verdaderamente justicia dentro de los territorios que les compete ejecutarles, no tendrían existiría mayor complicación en ejecutar plenamente lo ordenado.

Las falencias que se puede determinar de manera muy breve dentro del *sistema arbitral en el Ecuador* es la falta de aplicabilidad real de los temas cotidianos que necesariamente y por cuestiones de tiempo y costo son convenientes solucionarlos mediante arbitraje, de ahí nace el gran problema de la falta de conocimiento de la gente y con esto la desconfianza del arbitraje en el Ecuador. Si bien en la actualidad muchos comerciantes aplican día a día este sistema como herramienta para solucionar sus divergencias, esto se ha quedado limitado a las personas que ya conocen del tema o que mueven grandes negocios de miles de dólares y saben perfectamente que es una buena alternativa a seguir, lo cual de alguna manera es muy clasista y la voluntad del legislador al emitir la norma no llega verdaderamente a la gente del día a día, a las comunidades y sus grandes conflictos (aun cuando existe el arbitraje comunitario) dando así la percepción de que el arbitraje se hizo únicamente para los empresarios o aquellos que dominan la materia, que normalmente será el sector que también domina el capital, lo cual en una opinión sincera no llena todas las expectativas de un sistema el cual es en su esencia dado para conflictos menores, medianos y mayores que requieren de pronta solución y que en muchos ni siquiera es necesario que lleguen a tomar mucho tiempo para solucionarlos, pero sin embargo al no conocer y desconfiar las personas en el arbitraje llevan sus pleitos hacia el Órgano convencional (juzgados) lo que hace que continúe ese círculo vicioso de saturación de la justicia ordinaria, poca administración de justicia,

inconformidad del usuario, en fin todos los conceptos que hoy por hoy tenemos de un desgastado Poder Judicial.

La inexistencia del reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación también es una debilidad del sistema en estudio, por que muchos de los centros de arbitraje aplican su propia normativa (reglamentos internos), que en la mayor parte debe estar ajustada a la Ley, sin embargo el solo hecho de que existan distintos procedimientos en relación al centro que una persona acude, causa una sensación de inseguridad jurídica, lo cual deja la puerta abierta a los detractores del arbitraje para denigrarlo y peor aún quitarle transparencia, lo cual es inadmisibles, ya que éste nace como la sana alternativa a un sistema decadente, oscuro, ineficaz, que se lo ha ganado la justicia ordinaria.

En conclusión como todo proceso que se mantiene en el espacio y en el tiempo tiene sus aciertos visibles y materializados, que dentro del momento oportuno en este estudio se los analizará y criticará, los cuales pueden ser mejorados y desde luego son perfectibles, pero necesitan de un cuidado prolijo y metódico y sobretodo con procura de evitar empujarle al arbitraje al plano mercantilista, que vende soluciones rápidas. De ahí que la confianza que ponga el Estado ecuatoriano en otorgar a particulares el delicado deber de administrar justicia, debe ser tomado con mucha responsabilidad y patriotismo por el hecho mismo del cual se trata, ya que de no hacerlo en muy poco tiempo el arbitraje se podría convertir en otro via-cruis burocrático, adicionando el manejo administrativo interno que ya tienen algunos Centros de Arbitraje que dan que desear, existe tal carga burocrática y nada de celeridad que desencadenará en un desprestigio que hable por sí solo y lo peor que no exista otro medio que pueda brindar al ciudadano alternativas nuevas y buenas para dar fin a sus problemas que, querámoslo o no siempre se presentan. Si se hace caso al clamor de los tiempos actuales, el cual es la descomplicación y transparencia, podríamos hacer de este sistema la primera alternativa para dar fin o resolución a los conflictos y hacer a un lado al otro (justicia ordinaria) que su desprestigio es tal, que el ciudadano prefiere dejar de hacer valer sus derechos y enviarlos

al tacho del olvido, haciendo de la tutela judicial efectiva, tan pregonada en las constituciones, meros enunciados, lo cual es perfectamente evitable perfeccionando y moldeando al arbitraje de acuerdo con la sociedad en la que nos relacionamos, al ciudadano ecuatoriano y los requerimientos que este exige.

CAPITULO II

Relaciones Comerciales y Contractuales Extranjeras con el Estado Ecuatoriano.

Dando un concepto básico a la inversión extranjera, se puede decir que es todo aquello que constituye transferencia de bienes extranjeros al Ecuador, que puede ser efectuada por personas naturales o jurídicas, quienes estarán destinadas a la producción de bienes y servicios. Transferencia por tanto, implica los recursos financieros en moneda libremente convertible, así como las inversiones en moneda local provenientes de recursos foráneos, con derecho a ser enviadas al exterior.

Los aportes que después se consideren inversión pueden ser varios, como por ejemplo: bienes físicos o tangibles, p.e. dineros, maquinarias, infraestructura, hardware; mientras que la inversión también puede ser mediante contribuciones de tecnologías intangibles, como: marcas, modelos industriales, patentes, siempre que estas sean debidamente inscritas o consten en instrumentos jurídicos que declaren su validez en el Ecuador.

Éstas unas y otras constituyen las inversiones que pueden hacer personas jurídicas o naturales extranjeras en el Ecuador y de ahí serán éstos últimos los que decidan el tipo de inversión que busquen en nuestro país, es decir si su inversión será productiva, entendiéndole a ésta como aquella que se sujeta a los niveles de tecnología, la cual genera fuentes de trabajo y riqueza, consecuentemente elimina el desempleo; o por otro lado la inversión puede ser financiera, es decir cuando el inversionista se reduce a colocar su dinero en cuentas bancarias ecuatorianas y de esta manera reduce el riesgo que le puede generar una inversión productiva.

En consecuencia, tanto las personas naturales extranjeras, es decir el ciudadano extranjero común y corriente que visionariamente tiene su deseo de invertir en el Ecuador por medio de su trabajo, como la empresa extranjera, aquella que se encuentra legalmente constituida en el país receptor y cuyo

capital externo va a ser invertido en nuestro país, en los dos casos, tienen un amplio marco jurídico y económico en el cual pueden respaldar y garantizar sus inversiones, así también incentivos de varios tipos como fiscales y no discriminatorios, esta estructura legal y tributaria facilita la receptividad de las inversiones extranjeras que constituyen un gran aporte de nuestra economía nacional.

El Ecuador en su legislación referente a la Promoción y Garantía de Inversiones otorga ciertos incentivos a las empresas extranjeras como las siguientes:

1. Traslado de las utilidades netas al exterior,
2. Libertad para negociar las inversiones registradas en el País,
3. Acceso a los mecanismos de promoción y exportaciones.
4. Libre acceso al sistema financiero,
5. Derecho de Propiedad,
6. Libre acceso al mercado de divisas
7. Solución de controversias,

Adicionalmente las inversiones extranjeras en el Ecuador en los últimos años ha contribuido mucho en las políticas comerciales que han optado por tomar los gobiernos de turno, es decir, por medio de la apertura comercial al elaborar leyes de protección y fomento de inversiones, Tratados Internacionales de carácter bilateral, así como multilateral en los que se prevé la garantía del respeto al inversionista extranjero, la participación y la unión del Ecuador ante Organismos Internacionales, como la Organización Mundial de Comercio (OMC) la cual conmina a respetar los principios y las decisiones que son aprobadas a nivel mundial; y, finalmente la misma Constitución de la República del Ecuador que establece principios y garantías en las que se compromete el Estado receptor frente al inversionista, haciendo posible que los extranjeros que pretenden invertir, vuelquen su mirada al Ecuador como una potencial opción para la inversión.

A pesar de todas las bondades mencionadas y el impacto positivo que ocasiona estos aspectos trascendentales y supremamente importantes para incentivar la inversión, no debe dejarnos de preocupar y tampoco dejar de lado los múltiples factores que inciden dentro del país para que al Ecuador se lo considere como de “alto riesgo”; y estas son: decisiones políticas, inestabilidad jurídica y social, antecedentes funestos (caso Ecuador Vs. Occidental, actualmente se sustancia en el CIADI, la legalidad o no de la declaratoria unilateral de caducidad del contrato que hiciera el Ecuador a la empresa petrolera), las calificaciones de “riesgo país”, todas estas sin duda en los momentos finales de decisión pesan mucho para que el extranjero decida invertir sus capitales dentro del país, sin antes asegurarse de que éstos estarán afianzados y garantizados y las ganancias podrán ser enviados hasta el país de origen de la inversión o donde finalmente decidan los inversionistas.

En el país ya se ha dado una trayectoria de inversión extranjera tomando en cuenta el paso del tiempo y las necesidades de los países inversores, el Ecuador es catalogado como un país con gran riqueza, logrando un gran impacto en los sectores agrícola, ganadero, textil y últimamente el petrolero, minero y obra pública. Por lo antes expuesto resulta necesario hacer mención de la lista de los países que con el pasar del tiempo se han convertido en los principales inversionistas extranjeros en el Ecuador.

II. I. PRINCIPALES INVERSIONISTAS EXTRANJEROS EN EL ECUADOR

Según el informe de la UNCTAD (siglas en inglés por Conferencia de las Naciones Unidas sobre el Comercio y Desarrollo) del año 2006, la inversión anual a nivel mundial fue de 1.306 billones de dólares, de estos exitosos resultados, los países desarrollados captan el 66% de las inversiones, así también los países en desarrollo o países del tercer mundo o subdesarrollados, se reparten el 34% de las inversiones anuales en donde constan los países de

América y dentro de estos últimos de la región, está el Ecuador con el 0,02 % del total de las inversiones en el mundo.⁸

Cuando hablamos de inversionistas en el Ecuador hay que distinguir el campo o segmento en el que estos invierten, así como también se debe analizar las razones por las cuales los inversionistas extranjeros depositan sus inversiones en el Ecuador. Por lo que resulta imperioso tomar en cuenta dentro de la búsqueda de las razones para que los países extranjeros inviertan en el Ecuador, todas y cada una de las facilidades que nuestro país les puede brindar, las cuales podrían ser: incentivos fiscales, crédito abierto, legislación internacional en las que se ven resguardadas sus inversiones, p.e.: Tratados Bilaterales de Inversión, Acuerdos Comerciales Bilaterales, Acuerdos Comerciales Multilaterales (CAN).

La inversión extranjera directa en el Ecuador desde el año 2000 hasta el año 2007 tiene variantes sorprendentes, si bien aparentemente los cuatro primeros años tiende a crecer de manera acelerada, especialmente los dos primeros años, para el quinto año desciende de forma notable, hasta encontrarnos en el 2007 en una de las peores situaciones en los últimos nueve años, con una inversión extranjera directa de que apenas alcanzó 178, 4 millones de dólares.

En cifras, comienza el nuevo milenio (año 2000) registrando una IED de 23,4 millones de dólares, para el año siguiente (2001) se despunta de manera descomunal la IED y crece hasta reportar 538,6 millones de dólares, de ahí que se habla arriba del gran crecimiento con énfasis en los dos primeros años, continúa el crecimiento en el año 2002 y se registra una creciente hasta llegar a los 783,2 millones de dólares, siendo la cumbre el año 2003 con una IED de 871, 5 millones de dólares, muy lejos de lo que fue en el año 2000. Una leve recaída en el año 2004 (USD. 836,9), sin embargo para el siguiente año (2005) comienza una debacle de la IED, de tal forma que a finales de año se registra

8

<http://www.mmrree.gov.ec/mre/documentos/novedades/boletines/ano2007/septiembre/bol722.htm>

493,4 es decir una recaída en el 40% aproximadamente de las inversiones extranjeras directas. El año 2006 y 2007 continua la tendencia de la caída de las inversiones, de tal forma que como ya quedo explicado el año 2007 se reducen a 178, 4 millones de dólares, es decir de forma descomunal con las tendencias marcadas en los años 2002, 2003 y 2004.⁹

Dentro de lo que significa la inversión extranjera directa por sectores, en los años 2002; 2004 y 2005 se caracteriza la exploración de minas y canteras como la que ha tenido la mayor participación, alcanzando niveles que van desde el 42% del total de la inversión hasta el 60%. El año 2003 le perteneció al transporte, almacenamiento y las comunicaciones puesto que alcanzó niveles superiores al 80%.¹⁰

Otros segmentos como la electricidad, gas y agua; agricultura, silvicultura, caza y pesca; construcción, servicios prestados a las empresas, han quedado en segundo plano en las inversiones al no llegar a porcentajes considerables, sin embargo son una constante en las inversiones ecuatorianas, puesto que siempre se encuentran presentes.

En lo que respecta a la IED por países extranjeros cabe analizar anualmente como ha sido el porcentaje del total de las inversiones a nivel global y en el período de un año. Si bien ya quedo mencionado arriba cuales son los porcentajes en los que mediante segmentos existía inversiones, a continuación se detallará los países que más invierten en el Ecuador.

Dentro del año 2002 los países que mayormente invirtieron (IED) el Ecuador fueron: Estados Unidos (58%), Brasil (2%), Panamá (3%), Francia (6%), Inglaterra (3%), China (1.5%).¹¹

9

<http://www.google.com.ec/#hl=es&q=cifras+de+inversion+extranjera+directa+en+el+ecuador+ministeriode+relaciones+exteriores&meta=cr%3DcountryEC&aq=&oq=cifras+de+inversion+extranjera+directa+en+el+ecuador+ministerio+de+relaciones+exteriores&fp=19434f759ab8126c>

¹⁰ Ibidem

¹¹ Ibidem

Para el año 2003 los países que intervinieron de mayor manera fueron: Canadá (2,5%), Chile (1,5%), Panamá (10%), Francia (6%), Inglaterra (1%), China (2%), el porcentaje restante se lo dividen entre otros países.

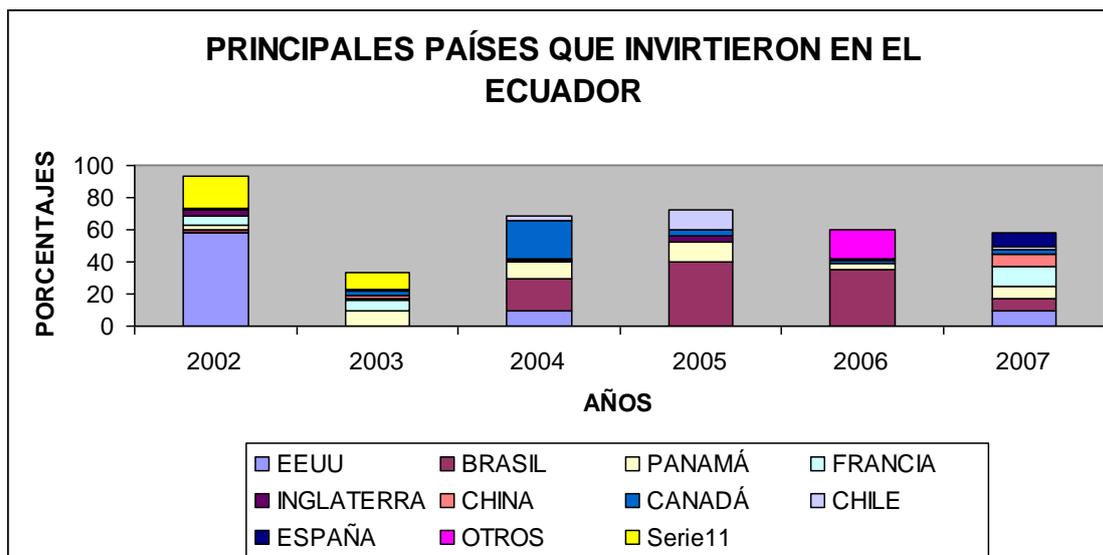
En el año 2004 los principales inversionistas fueron: Canadá (24%), Brasil (20%), Estados Unidos (10%), Panamá (10%), Chile (3%), finalmente Francia e Inglaterra los dos con el 1% cada uno de la Inversión Extranjera Directa. ##18

Ya para el año 2005 continua la tendencia en los países inversionistas repitiéndose los mismos que en los años anteriores, esto es: Brasil (40%), Panamá (12%), Chile (12%), Canadá (4%) e Inglaterra (4%), el resto de los países completan el total del 100% de la IED en el Ecuador.

En el 2006 los países con mayor IED fueron: Brasil (35%), Panamá (4%), Canadá (2%) Chile (1%), otros países 18%.

Finalmente en el año 2007 las inversiones registraron los siguientes porcentajes: Francia (12%), España (8%), Panamá (8%), China (8%), Estados Unidos (10%), Brasil (7%), Canadá (3%) y Chile (2%).

A continuación un gráfico que nos ayuda aclarar de mejor manera las cifras arriba mencionadas, las cuales constituyen los países que mayormente han invertido en el Ecuador y en que años lo han hecho.



¹² Referencia 2.1 Cuadro sobre Principales Países que invirtieron en el Ecuador.

En conclusión la Inversión Extranjera Directa (I.E.D.) en el Ecuador se encuentra sectorizada, es decir, ciertos son los sectores del comercio en donde más invierten los distintos países, y en cuanto a esto tenemos que en los últimos años (desde año 2002) se repiten los inversionistas extranjeros que deciden invertir en el Ecuador, siendo un ejemplo categórico el de Brasil, el cual desde el año 2002 hasta el 2007 reporta inversiones, acrecentando de manera específica desde el año 2004.

Cabe resaltar que gran parte de los países que invierten en el Ecuador son de Latino América, sin embargo no se encuentran en éstos los países con los cuales hacemos frontera en el Norte y en el Sur, es decir Colombia y Perú, quienes también son parte de la Comunidad Andina de Naciones, esto devela que no existe todavía la total madurez suficiente a nivel de política exterior como para atraer y convencer a países con quienes formamos tratados internacionales comerciales para que inviertan en el Ecuador.

12

<http://www.google.com.ec/#hl=es&q=cifras+de+inversion+extranjera+directa+en+el+ecuador+ministerio+de+relaciones+exteriores&meta=cr%3DcountryEC&aq=&oq=cifras+de+inversion+extranjera+directa+en+el+ecuador+ministerio+de+relaciones+exteriores&fp=19434f759ab8126c>

Por otro lado en los últimos años ha cambiado sin duda el enfoque que existía en la política exterior ecuatoriana, desde inicios del año 2006 cuando el nuevo Presidente de la República asume sus funciones y hasta el año 2007 se nota una debacle tanto en inversión extranjera, como disminución de la ya existente. Esto sin duda responde también a la forma en cómo se ha dirigido la política exterior, las nuevas relaciones internacionales de carácter comercial que hemos emprendido con otros Estados distintos a los “tradicionales” (Irak, Venezuela,) lo cual si bien es cierto responde a lineamientos políticos y principios doctrinarios, no es menos cierto que también han existido ciertas hostilidades hacia países, que tal como muestran los datos estadísticos, han sido los históricamente mayores inversionistas extranjeros, es el caso de Brasil con el ahora superado conflicto que existió con “el caso Odebrech”, lo cual terminó en inclusive roces diplomáticos; y por otro lado Estados Unidos por medio de la denuncia al acuerdo de la Base de Manta, y finalmente lo último que no solamente se reduce a las relaciones comerciales con Ecuador, sino en general con países extranjeros, es decir la denuncia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, la cual permitía solucionar problemas comerciales internacionales por medio del arbitraje internacional administrado en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones ,CIADI.

Se hace indispensable anotar que tanto el Ecuador como a todo el mundo le ha golpeado duramente una crisis económica, la cual en la práctica resta la IED no solamente al Ecuador, sino de forma global, pues se ve en todos los países del mundo en sus cifras decaimientos notables, los cuales sin duda alguna se han visto reflejados en las cifras anotadas, con énfasis en las del año 2007, fecha en la cual se esbozaba dicha crisis en los países del llamado primer mundo.

Estos y más antecedentes demuestran históricamente cuales han sido los países que mayormente invierten en el Ecuador, en que sectores del mercado usualmente lo hacen, las razones para invertir y muchas veces las coyunturas

en que se dan estas inversiones. Sin duda mediante las políticas comerciales que se han tomado y que se están tomando entendemos que el camino a donde éstas se dirigen, lo cual será en su momento tema de un análisis minucioso dentro de este estudio. No está por demás mencionar que el Ecuador como un país en desarrollo, con una balanza comercial normalmente en déficit, una economía que se encuentra dolarizada, con sus principales ingresos decaídos (petróleo y remesas) tiene que tener como imperativo el fomentar las inversiones extranjeras, sin duda con las debidas protecciones a los nacionales, pero entendiendo que una de las visiones de la política comercial debe de ir enfocada a incentivar al extranjero a traer e invertir sus capitales en el Ecuador, así mediante estas inversiones productivas se generará más empleo, un mayor incremento fiscal, liquidez en la economía, es decir ese círculo virtuoso que buscan las economías de los pueblos y que se logra a través de decisiones políticas técnicas que en una buena medida son aplicadas, pero también podemos ver de la otra, aquellas medidas más que económicas y técnicas son políticas y hasta con un cierto tinte de apasionamiento, de ahí la responsabilidad de los dirigentes de la política exterior económica y más de los encargados de atraer las inversiones extranjeras en el Ecuador de enrumbar de forma correcta las direcciones por las que hemos de caminar.

Hay que tomar en cuenta los anuncios por parte del Presidente de la República y varios de sus Ministros de Estados sobre las Inversiones Extranjeras en el Ecuador que vendrían en los próximos años, entre las que se encuentran: la construcción de varias plantas de energía (Coca Codo Sinclair, Toachi Pilaton, Sopladora), lo cual constituirá sin duda alguna inversiones de tamaño descomunal, por lo que se espera que para el cierre de este año, veremos reflejado en cifras el aumento de la IED en el Ecuador, el tiempo nos indicará si estos anuncios celestiales de inversión se materializarán y darán la razón a quien se merezca.

II.II TRATADOS BILATERALES DE INVERSIÓN.

Dentro de la historia del Ecuador desde el inicio de su vida republicana y su comienzo como país soberano, posterior a la separación de la Gran Colombia en 1830, varias han sido los actos y hechos que nos han consolidado frente a nuestros países fronterizos y otros lejanos, como amigos y socios comerciales. De ahí que desde muy temprano de nuestra consolidación y en uso de nuestra libre determinación, se firmaron los primeros Tratados Internacionales marco, al tono y la sazón de aquellos tiempos, en donde se aprecian principios fundamentales de Derecho Internacional, de ahí que para fortalecer los intercambios mutuos, la amistad recíproca y en fin el mismo hecho de intercambiar productos y permitir una recíproca navegación en nuestros mares, los Tratados de Amistad, comercio y libre navegación fueron los primeros esbozos de los países, incluyendo el naciente Ecuador, para tener los hoy Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales si bien es cierto en la actualidad tienen principios y garantías que van acorde a los tiempos y son de avanzada generación, no es menos cierto que nacieron de los antecedentes expuestos, es decir de los antiguos Tratados de Amistad, Comercio y Navegación, los cuales firmamos en 1905 con Colombia, en 1840 con España, en 1888 con México y Suiza, 1936 con Chile.

Los Tratados bilaterales de inversión nacen en el mundo de los negocios internacionales y a nivel de los Estados en los años 90, sus textos garantistas de inversión extranjera y la palabra dada por los países receptores de la inversión constituyen las principales características de éstos, de ahí que con el paso del tiempo el Ecuador ha fomentado la suscripción y ratificación de estos instrumentos internacionales, los cuales en sus textos tienen los siguientes principios:

TRATO NACIONAL.- Constituye que el país receptor de la inversión extranjera se compromete a que tanto a las empresas extranjeras, cuanto a las personas se les de el mismo trato que a los nacionales del país receptor. Este

es un principio que ha sido recogido por varios textos internacionales, y se lo considera como un Principio del Derecho Internacional Comercial, de ahí que Organismos Internacionales comerciales como la Organización Mundial de Comercio, de la cual el Ecuador es parte desde **21 de diciembre de 1995** (fecha en el que el Congreso ecuatoriano ratifica), ya propugnan este principio. En consecuencia y en materia de lo analizado que son los TBI, el Ecuador se compromete mediante estos acuerdos suscritos y ratificados con distintos países a tratar al inversionista extranjero de igual forma al que trataría a un ecuatoriano.

CLÁUSULA DE LA NACIÓN MÁS FAVORECIDA.- Es en parte parecido a lo arriba expuesto, sin embargo tiene una peculiar diferencia que a continuación se detalla. Consiste en que al país inversionista no se le debe tratar con discriminación, consecuentemente todas las ventajas y oportunidades que tengan los nacionales (incentivos tributarios, rebajas o exenciones fiscales, flexibilización de créditos, trámites o licencias burocráticas) o inclusive terceros Estados, deberán ser otorgados al país inversionistas suscriptor del TBI. En conclusión la cláusula de la nación más favorecida otorga a los nacionales del país suscriptor del Tratado, la posibilidad de exigir que se le trate de una manera equitativa, sin discriminación, capaz de tener las mismas ventajas y acogerse a los mismas oportunidades que las empresas nacionales del país receptor de la inversión u otras empresas de terceros Estados que se encuentren legalmente constituidas.

A continuación un ejemplo del texto del Art.2 del Tratado entre la República del Ecuador y Estados Unidos de Norte América sobre promoción y protección recíproca de inversiones:

ARTICULO II ¹³

1. Cada Parte permitirá y tratará las inversiones y sus actividades afines de ¹⁶manera no menos favorable que la que otorga en

¹³ Tratado entre la República del Ecuador y Estados Unidos de América sobre Promoción y Protección recíproca de Inversiones, Art. 2.

situaciones similares a las inversiones o actividades afines de sus propios nacionales o sociedades, o las de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país, cualquiera que sea la más favorable, sin perjuicio del derecho de cada Parte a hacer o mantener excepciones que correspondan a alguno de los sectores o asuntos que figuran en el Anexo del presente Tratado. Cada Parte se compromete a notificar a la otra Parte, con anterioridad a la fecha de entrada en vigor del presente Tratado o en dicha fecha, todo ordenamiento interno del cual tenga conocimiento referente a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo. Cada Parte se compromete igualmente a notificar a la otra Parte toda futura excepción con respecto a los sectores o asuntos que figuran en el Anexo y a limitar dichas excepciones al mínimo. Las excepciones futuras de cualquiera de las Partes no se aplicarán a las inversiones existentes en los sectores o asuntos correspondientes en el momento en que dichas excepciones entren en vigor. El trato que se otorgue conforme a los términos de una excepción será, salvo que se especifique lo contrario en el Anexo, no menos favorable que el que se otorgue en situaciones similares a las inversiones y actividades afines de los nacionales o sociedades de cualquier tercer país.

INDEMNIZACIÓN POR PÉRDIDAS.- En caso que dentro del país receptor de la inversión extranjera exista un conflicto armado, una revolución, guerra civil o similar situación, la cuales sean capaces de destruir la inversión del extranjero o provocar grandes pérdidas a la misma, los suscriptores del TBI, en caso del país receptor de la inversión se compromete a dar trato similar, que el que se daría al nacional, p.e. las reactivaciones económicas, incentivos fiscales de importación, créditos de producción, etc. Con respecto a esto el Tratado entre la República del Ecuador y Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, en su Art.3, numeral 3, manifiesta:

¹⁴A los nacionales o las sociedades de una Parte cuyas inversiones sufran pérdidas en el territorio de la otra Parte con motivo de guerra o de otro conflicto armado, revolución, estado nacional de excepción, insurrección, disturbios entre la población u otros acontecimientos similares, la otra Parte les otorgará, con respecto a las medidas que adopte en lo referente a dichas pérdidas, un trato no menos favorable que el trato más favorable que otorgue a sus propios nacionales o sociedades o a los nacionales o a las sociedades de cualquier tercer país.

EXPROPIACION.- Las empresas extranjeras no pueden ser nacionalizadas, expropiadas o sometidas a medidas que causen los efectos equivalentes, sin que a esto le anteceda los debidos procedimientos y reglas comunes que establece la Constitución y las leyes. Si bien es cierto sin necesidad de que exista de por medio un TBI este es un principio ya consagrado por las leyes ecuatorianas (procedimientos para el juicio de expropiación, Código de Procedimiento Civil), pero no es menos cierto que al tenerlo a nivel de Tratado Internacional su jerarquía tiene un mayor peso y consecuentemente impera el respeto jerárquico.

Para que proceda la expropiación siempre tienen que reunirse ciertos presupuestos que son condiciones sine –equanon, estas son: Que se declara de utilidad pública aquello que se pretende expropiar; que exista un proceso justo y apegado a derecho en donde el que se sienta afectado por esta expropiación tenga la oportunidad de ejercitar los derechos legales en los que se considere asistido; que posterior a la expropiación exista una compensación justa y equitativa, sin discriminación la cual deberá de ser oportuna.

¹⁴ Tratado entre la República del Ecuador y Estados Unidos de América sobre promoción y protección de inversiones, Art.3, numeral 3,

De ahí que es fundamental que un principio como éste se encuentre enmarcado dentro de los TBI, puesto que sería de un precedente nefasto el que una nación se convierta en autoritaria y confiscatoria al no velar, respetar y hacer respetar los principios y debidos procedimientos antes dichos. En conclusión tiene que existir un fundamental respeto al derecho humano de propiedad por parte del Estado receptor, sobre la inversión extranjera, que dentro del caso en estudio, se materializa al incluir dentro de la normativa de los TBI los principios de no nacionalización, expropiación, u otras formas a las inversiones extranjeras, salvo y solamente con las excepciones ya anotadas.

Dentro del mismo Instrumento Internacional en el Art. 3 manda:

ARTICULO III

¹⁵Las inversiones no se expropiarán ni nacionalizarán directamente, ni indirectamente mediante la aplicación de medidas equivalentes a la expropiación o nacionalización "expropiación", salvo que ello se efectúe con fines de interés público, de manera equitativa y mediante pago de una indemnización pronta, adecuada y efectiva, y de conformidad con el debido procedimiento legal y los principios generales de trato dispuestos en el párrafo 3 del Artículo II. La indemnización equivaldrá al valor justo en el mercado que tenga la inversión expropiada inmediatamente antes de que se tome la acción expropiatoria o de que ésta se llegue a conocer, si ello ocurre con anterioridad; se calculará en una moneda utilizable libremente, al tipo de cambio vigente en el mercado en ese momento; se pagará sin dilación; incluirá los intereses devengados a un tipo de interés comercialmente razonable desde la fecha de la expropiación; será enteramente realizable, será transferible libremente.

REPATRIACIÓN DE UTILIDADES / REGALÍAS

¹⁵ Tratado de promoción y protección recíproca de inversiones entre Ecuador y Estados Unidos de Norte América.

Consiste en que los inversionistas extranjeros tienen el derecho que las ganancias que obtengan producto de la inversión de su empresa, puedan ser perfectamente enviadas al país de origen del inversionista o hacia un tercero que éstos escojan. Sobre este tema últimamente se han producido ciertos cambios que se han tomado a nivel de política fiscal en el Ecuador, ya que las divisas desde el la vigencia de la Ley de Equidad Tributaria, se estableció un incremento de 0.5 % a 1% a la salida de capitales.

Lo anterior ha generado críticas, puesto que muchos analistas han puesto el ejemplo de “te invito al cine, pero tu paga a la salida” lo cual hasta cierto punto tiene razón, pero sin duda alguna responde a políticas nacionales que buscan liquidez de cualquier forma. Sin duda todos los países que juegan con inversiones extranjeras tienen sus propias políticas en relación a la entrada y salida de capitales, pero es menester aclarar que el principio de devolver las utilidades de los inversionistas a su país de origen o los que éstos escojan, están ahí plenamente garantizadas, solamente que deberán someterse a las regulaciones de los países receptores de la inversión, en nuestro caso las regulaciones ecuatorianas.

SOLUCIÓN ALTERNATIVA DE CONFLICTOS

Esta garantía, y se lo considera como tal, puesto que muchos inversionistas extranjeros creen más en Centros de Arbitraje Internacional, que las Cortes y leyes de los países receptores de inversión, es el punto eje sobre este sub – capítulo, toda vez que el trabajo que se realiza radica principalmente en uno de los sistemas alternativos de solución de conflictos, es decir el arbitraje.

Los Tratados Bilaterales de Inversión por medio de su texto dan la potestad al inversionista extranjero de que cuando existan problemas relacionados o relativos a las inversiones, no sean las cortes nacionales de justicia del país receptor de la inversión las que decidan en última instancia sobre el litigio pendiente o futuro, sino puedan trasladar su controversia hasta un Centro de Arbitraje y Mediación nacional o extranjero.

Es de ahí que el inversionista considera tan bueno este principio de solución alternativa de conflictos, como que le traten sin discriminación (trato nacional o nación más favorecida) lo cual en el mayor de los casos está ya contemplado en los contratos que se hacen con el Estado Ecuatoriano, y a falta de éstos apelan a los TBI en el sentido que, si hace falta la enunciación de someter un conflicto a arbitraje, está ya contemplado en el TBI.

El Estado Ecuatoriano no siempre ve con agrado el sometimiento de sus controversias al extranjero, puesto que algunos de los TBI fueron suscritos en pasados gobiernos, y otros como el actual (2009) ve con desagrado el hecho de ceder nuestra potestad soberana de impartir justicia (jurisdicción) a centros particulares foráneos, sin olvidar los altos costos que esto implica, ya que las inversiones normalmente son por millones de dólares lo cual requiere la contratación de un bufete de abogados expertos en el país en donde se someterá el arbitraje, otro grupo de costosos abogados dentro del Ecuador, viajes constantes y lo que es más el temor o la desconfianza del Estado en poner en manos de extranjeros, ajenos a la realidad y muchas veces de toda la normativa ecuatoriana, temas delicados que encierran no solamente millones de dólares, sino el futuro de una sociedad, el de trabajadores, familias, etc.

De ahí que se han dado varios casos concretos en que el Ecuador no se ha sometido al arbitraje, esgrimiendo sus argumentos y posiciones que se niegan rotundamente al sometimiento ante un Centro, el caso más reciente y concreto es la declaración unilateral de caducidad del contrato que tenía la compañía Occidental (contrato de participación en el bloque 15), la cual le ha costado al Ecuador una demanda internacional (arbitraje) de mil millones de dólares, misma que se ventila ante el CIADI, pero varios gobiernos han dado la negativa de someterse al centro internacional de arbitraje, incluyendo el último, quien ha sido el que ha defendido el lado del Ecuador a ultranza y dando muestra de eso, la denuncia por parte del Ecuador, al Convenio Internacional (Washington)

por medio del cual el Ecuador permitía la solución de sus conflictos relativos a inversiones en dicho Centro.

De ahí que la parte que se considere afectada por algún problema o crea que hay la necesidad de resolver un conflicto entre inversionista y Estado receptor, de conformidad con el Tratado entre la República del Ecuador y Estados Unidos de Norte América sobre promoción y protección recíproca de inversiones (dentro del caso Ecuador – Estados Unidos de América), puede someter la solución al arbitraje obligatorio, el cual puede ser de la siguiente forma:

¹⁶Siempre y cuando la sociedad o el nacional interesado no haya sometido la diferencia, para su solución, según lo previsto por el inciso a) o el inciso b) del párrafo 2, y hayan transcurrido seis meses desde la fecha en que surgió la diferencia, la sociedad del nacional interesado podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio:

- i)** Del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones ("el Centro") establecido por el Convenio sobre el Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados, hecho en Washington el 18 de marzo de 1965 ("Convenio del CIADI"), siempre que la Parte sea parte en dicho Convenio; o
- ii)** Del Mecanismo Complementario del Centro, de no ser posible recurrir a éste; o
- iii)** Según las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas sobre el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI), o
- iv)** De cualquier otra institución arbitral o conforme a otra norma de arbitraje, según convengan las partes en la diferencia.

¹⁶ Tratado entre la República del Ecuador y Estados Unidos de Norte América sobre promoción y protección recíproca de inversiones

Es menester anotar que desde principios del 2009 se ha venido anunciando la denuncia del Ecuador para someter sus conflictos ante el CIADI (Convención de Washington), lo cual se hizo efectivo mediante el *Decreto Ejecutivo* 1823 de fecha 02/JUL/2009 que *Denuncia* el *CIADI*, por lo que el numeral I de la antes citada norma en la práctica resulta inviable a partir de los conflictos que se generen posterior al Decreto Ejecutivo 1823, sin embargo los casos pendientes siguen ventilándose en el CIADI.

De esta manera y dentro de la racionalidad de las inversiones, los Estados por medio de sus representantes han considerado que los tratados de promoción y protección a las inversiones son vías que abren las puertas al capital extranjero, lo cual es lo que le ha impulsado y le impulsa al Ecuador a suscribir estos TBI, puesto que de acuerdo a las recomendaciones que nunca faltan del Fondo Monetario Internacional, Banco Mundial, “Consenso del Washington” y más organizaciones similares, siempre han creído conveniente que los llamados países de primer mundo apuesten sus inversiones en aquellos Estados que den preferencia a estos Instrumentos de garantía. Cabe mencionar que los principios arriba anotados son reglas justas y equitativas, las cuales, como fue mencionado, no solamente se tratan de forma exclusiva en los TBI, sino han sido acogidas a nivel mundial como principio de derecho internacional lo cual hace y denota la importancia en el mundo del comercio, que los Estados suscriban estos instrumentos internacionales.

Por último al mencionarse la solución alternativa de conflictos en los TBI, de ahí la pertinencia de este sub-capítulo, se configura claramente la voluntad de los Estados de reconocer y acogerse a estos medios, lo cual va de la mano con todas las prácticas comerciales contemporáneas, puesto que como se ha mencionado el comercio internacional es sumamente dinámico y ágil, así también necesita y depende de una ágil administración de justicia, en consecuencia sería, por decir lo menos, complicado tratar asuntos comerciales de carácter internacional en todas y cada una de las saturadas cortes y juzgados de justicia ecuatoriana, haciendo de esta alternativa por medio de los Tratados de protección y promoción recíproca de

inversiones entre los Estados, una garantía para el inversionista, una puerta a la entrada de capitales extranjeros para el Estado receptor y una forma técnica, ágil, dinámica, perfectamente ejecutable y justa de resolver sus problemas, para ambos.

II.III Conflictos Generados entre el Ecuador e Inversionistas Extranjeros.

De todo lo antes dicho se puede mirar en retrospectiva y manifestar que en efecto el Ecuador como Estado necesita incursionar, como en efecto lo hace, en el mundo de los negocios y el comercio internacional, al tener varios socios comerciales e inversionistas extranjeros de distintas partes del mundo que le permiten realizar una actividad productiva y participativa, lo cual genera empleo y riqueza, que sin duda alguna en el momento de las finanzas constituyen una parte importante de nuestros ingresos anuales, aparte de los ingresos fiscales y petroleros.

Si bien es importante que nuestro país se introduzca en los negocios y comercios destinados antes de forma exclusiva para la empresa privada, mediante nuevas formas de contratar (caso de los contratos petroleros), hay que tener en cuenta que como Estado soberano tenemos empeñada nuestra palabra frente a la comunidad internacional y los inversionistas extranjeros, de ahí que los abusos que se han cometido o se puedan cometer con estos inversionistas pueden estallar en demandas millonarias en contra del Ecuador, tal como en efecto sucede en estos tiempos. Últimos datos obtenidos de las declaraciones del Procurador General del Estado Dr. Diego García, establece que el Ecuador actualmente tiene solo por concepto de arbitraje internacional demandas que su cuantía suman los doce mil millones de dólares, esta cifra ha sido calculada de doce litigios internacionales que se encuentran pendientes, de los cuales diez de estos se ventilan en el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, de tal forma que dentro de este subcapítulo se mencionará alguna de las controversias que se que se ventilan en el CIADI y encuentran pendientes por resolver.

Antes de detallar de forma puntual algunos de las demandas internacionales en las que el Ecuador se ve relacionado como parte demandada, hay que

entender que es el CIADI, y el procedimiento que el Ecuador adoptó para someterse a este Centro Internacional, y porque hay el reproche continuo de someterse a él.

¹⁷El CIADI es una institución del Grupo del Banco Mundial, especialmente diseñado para dar solución a disputas entre Estados y nacionales de otros. Una de sus finalidades es dotar a la comunidad internacional de una herramienta capaz de promover y brindar seguridad jurídica a los flujos de inversión internacionales. Este centro internacional se creó como consecuencia del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados que entró en vigor en 1966 y que se lo conoce comúnmente como la Convención de Washington. Entre sus funciones se establece que el Centro facilitará la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de Otros Estados Contratantes, a un procedimiento de conciliación y arbitraje.

El Ecuador en el año de 1986 realiza los trámites Constitucionales (Constitución de 1979) y legales para formar parte de esta Convención Internacional (Washington) para la solución de conflictos relativos a inversiones, es por eso que con fecha 15 de enero de 1986 el Ecuador suscribe y deposita el instrumento de ratificación de esta Convención y a continuación a partir del 14 de febrero del mismo año empieza a regir este convenio internacional, con lo que inicia paralelamente el sometimiento de las controversias relativas a inversiones entre el Estado y nacionales de otro país al CIADI. Cabe recalcar que también existen varios tratados internacionales de protección y promoción recíprocas de inversiones los cuales, por citar un ejemplo el suscrito con Estados Unidos de Norte - América, mandan claramente que en caso de controversias las partes se someterán al arbitraje obligatorio y en primer lugar se cita de manera expresa el acudir ante el CIADI,

¹⁷ Convención Internacional Washington, creación del Centro Internacional de Acuerdo de Diferencias Relativas a Inversiones.

de ahí entendemos cual es la base jurídica para que nuestro país haya tenido varias demandas internacionales que han acabado justamente en conocimiento de este Centro de Arreglo de Diferencias perteneciente al Banco Mundial.

Cabe manifestar que en la actualidad y por cuanto ha existido la decisión y la corriente política por parte del gobernante de turno, el Ecuador ya no forma parte del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, conocido también como la Convención de Washington, esto debido a las anunciaciones que se venían haciendo desde los años 2007- 2008, de ahí que en principio se denuncia de manera parcial dicho convenio, esto en lo relativo a temas petroleros, gas, minerales u otros, es decir el Ecuador renunciaba someterse a arbitraje en el CIADI, si el conflicto se generaba con los temas arriba anotados. El texto de la denuncia fue en los siguientes términos:

¹⁸"La República del Ecuador no consentirá en someter a la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI), las diferencias 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. Todo instrumento contentivo de la voluntad previamente expresada por la República del Ecuador en someter esta clase de diferencias a la jurisdicción del Centro, que no se haya perfeccionado mediante el expreso y explícito consentimiento de la otra parte previa la fecha de presentación de esta notificación, es retirado por la República del Ecuador, con eficacia inmediata a partir de esta fecha."

Sin embargo no es hasta sino hasta cuando el pleno de la Comisión Legislativa y de fiscalización, en la sesión No. 44, de 12 de junio de 2009, resuelve aprobar la denuncia del Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones

¹⁸ Denuncia parcial al CIADI en lo referente a recursos naturales como petróleo, gas, minerales u otros

entre el Ecuador y nacionales de otros Estados CIADI, de lo cual el señor Presidente de la República mediante decreto No. 1823 resuelve denunciar y por lo tanto dar por terminado dicho convenio, según lo dispone el Art. 1 del Decreto No. 1823.

¹⁹“Art. 1.- Denunciar y por tanto declarar terminado el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados- CIADI- suscrito en la ciudad de Washington, el 15 de enero de 1986.”

Es necesario mencionar que dentro del texto del mismo convenio establece que los efectos de la denuncia surgen sus efectos seis meses después de la notificación al Centro. Todos aquellos arreglos que se han sometido al CIADI antes de la denuncia ya mencionada y los que se hagan hasta seis meses antes de que en efecto tenga validez plena la denuncia hecha, serán plenamente válidos, como en efecto en la actualidad están pendientes ciertas controversias que están bajo el conocimiento y la futura resolución del CIADI.

En la actualidad la mayor parte de las demandas internacionales hechas al Ecuador en su condición de demandado se ventilan en el CIADI (las relativas a inversiones), en donde las empresas demandantes Ecuador son REPSOL Oil; Perenco Ecuador Limited, Burlington Resources, Inc. and others; City Oriente Limited; Técnicas Reunidas, S.A. and Eurocontrol, S.A; Empresa Eléctrica del Ecuador, Inc. (EMELEC); Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company.

Este último caso (Occidental Petroleum Corporation y Occidental Exploration and Production Company) se ha convertido en el icono de las demandas que se han propuesto en contra del Estado Ecuatoriano, no solo por la gran cuantía (mil millones de dólares) sino por su gran trascendencia política y coyuntural que en su tiempo tuvo. En breves reseñas los antecedentes comienzan cuando después

¹⁹ Decreto Ejecutivo No. 1823, Art. 1.

de las faltas que acusaba el Ministerio de Minas y Petróleos que había cometido la hoy empresa demandante, se toma como una decisión en el Gobierno del Dr. Alfredo Palacios, ex Presidente de la República, por medio del Ministro del ramo competente, declarar la caducidad del contrato que tenía Occidental con el Ecuador, por lo que y de conformidad con la Ley, todas las inversiones se revertían al Estado Ecuatoriano. Se acusó a esta medida de confiscatoria, discriminatoria y desde luego se demandó fuera de las fronteras nacionales, precisamente en el CIADI, invocando los inversionistas extranjeros La Convención de Washington y el Tratado Bilateral de protección y promoción recíproca de Inversiones entre el Ecuador y Estados Unidos de Norte América.

La contienda legal se encuentra ahora pendiente, una de las exigencias de los demandantes fue que el Centro Internacional tomase “medidas provisionales” esto mediante la prohibición de que el Ecuador ceda el bloque 15 que ocupaba Occidental a terceras empresas, y los demandantes iban más allá solicitaban que se les reintegre a dicho bloque y que les permitiesen continuar en la ejecución del contrato de participación que tenían convenido con nuestro país. Estas medidas fueron negadas por parte del Tribunal que se instauró, dejando en claro que la negativa dada en este particular en nada afecta el tema de fondo que aún se encuentra pendiente, esto es, si la declaración de caducidad del contrato entre el Ecuador y Occidental fue enmarcada dentro de la Ley, Los Convenios Internacionales y desde luego la Constitución que en ese entonces regía. La decisión que tomó el Tribunal que se instauró en el presente caso es la siguiente:

²⁰101. Por las razones aquí expresadas, el Tribunal, tras haber examinado los respectivos argumentos escritos y orales de las partes, concluye por unanimidad que a esta altura del Procedimiento, las razones invocadas por las Demandantes no justifican el que se haga lugar a las medidas que pretenden. En resumen, las Demandantes no han demostrado que en las

²⁰ Caso Republica del Ecuador Vs. Occidental, resolución de medidas provisionales.

circunstancias del caso se justifique la adopción de medidas provisionales. En consecuencia, por la presente el Tribunal rechaza la Solicitud enmendada de las Demandantes.”

Es sin duda alguna este un caso emblemático para entender que en efecto el Estado Ecuatoriano tiene que someterse al arbitraje internacional cuando un inversionista extranjero así lo solicite o lo contrario, aún cuando muchas de las excepciones que presenta el Ecuador es la falta de competencia del CIADI y por ende del Tribunal conformado para conocer esta causa, tema que dentro de este proceso ya ha sido discutido y analizado por el mismo tribunal, de lo cual se han declarado plenamente competentes para conocer y resolver la controversia demandada, y así lo dicen en una parte de la decisión tomada sobre este particular:

²¹“se declara que el tribunal es competente para pronunciarse sobre las reclamaciones de OEPC y OPC en este procedimiento, y que los procedimientos arbitrales continuarán, hasta ingresar en la fase de consideración del fondo del asunto, de acuerdo con el calendario establecido en la Resolución Procesal No. 1 tal y como fue modificada por la Resolución Procesal No. 2 del Tribunal.”

Por lo que el Ecuador dentro de este caso tiene que esperar la resolución sobre el fondo del tema y mientras tanto entregar todas y cada una de las defensas legales convenientes para la defensa de la heredad territorial, puesto que de esta resolución existen aún procedimientos que hay que ejecutar y si es el caso de que el Laudo sea negativo para los intereses nacionales, hay que tener pendiente que este es plenamente ejecutable por medio de también compromisos internacionales suscritos por el Ecuador como la *Convención de Nueva York sobre la Ejecución de sentencias arbitrales extranjeras* y la

²¹ Caso Ecuador Vs. Occidental, resolución del Tribunal arbitral sobre su competencia.

Convención Internacional sobre la eficacia extraterritorial de las sentencias y laudos arbitrales extranjeros (Montevideo 1979).

Últimamente ha existido un caso de arbitraje internacional comercial en donde el Ecuador como parte demanda ha merecido la razón por parte del CIADI, un caso concreto es el que planteó Miguel Lluco a nombre de EMELEC, por supuestos actos de expropiación por parte del Estado a esta empresa de electricidad, el conflicto que llegó a conocimiento del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias terminó el cual mediante Laudo emanado por el Tribunal conformado para tal efecto se inhibió de conocer el presente reclamo, el cual la cuantía llegaba a los mil setecientos millones de dólares.

Resulta importante mencionar los episodios de conflictos generados con las empresas extranjeras, puesto como se comenzó diciendo, bien es cierto que las inversiones traen al Ecuador ingresos fiscales y empleo, sin duda pueden también verse relacionadas con millonarias demandas las cuales cuesten más de un malestar y un mal momento para los defensores de nuestros intereses patrios. Es menester dejar en claro que todos los conflictos internacionales que se ventilan fuera de las fronteras y cortes ecuatorianas se dan en virtud de las posibilidades legales existentes, estas son, los innumerables Tratados Internacionales, la propia Ley de Arbitraje y Mediación, sin embargo la Constitución Política del Ecuador aprobada mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, la cual por un propio Mandato Constitucional es jerárquicamente superior frente a cualquier otra norma, tiene variantes con respecto a la forma en cómo se ha venido sometiendo los conflictos comerciales internacionales en el Ecuador, esto a la suma con la denuncia de la Convención de Washington le ponen a nuestro país en un escenario completamente distinto de los años anteriores, y le sitúan de manera concreta fuera de las posibilidades a los inversionistas extranjeros de hacer, como antes de los cambios implementados lo hacían, conocer a un Tribunal extranjero, perteneciente a un Centro extranjero como es el CIADI, juez de última instancia sobre las diferencias que existan o puedan existir.

Con estos antecedentes es necesario entender en que posición se encuentra el arbitraje internacional comercial en el Ecuador posterior entrada en vigor de la Constitución Política que actualmente nos rige, cuáles serán las perspectivas y los impactos positivos y negativos que acarreará la normativa constitucional y en lo concreto que ha pasado con las inversiones extranjeras en estos primeros meses donde las reglas son distintas.

El siguiente capítulo dentro de este estudio, está dedicado a explicar de manera práctica y objetiva cual es la realidad actual en el Ecuador con respecto al arbitraje comercial internacional y cuáles son las recomendaciones que se pueden aportar.

CAPÍTULO III

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN ECUATORIANA.

A partir del año 2008 rige en el Ecuador la Constitución de la República que fue redactada en la ciudad de Montecristi por los constituyentes de la Asamblea Nacional Constituyente, la que fue aprobada mediante referéndum aprobatorio del 28 de septiembre del mismo año. La actual Constitución, constante de 444 artículos, 30 disposiciones transitorias y un régimen de transición de 30 artículos, ha regulado totalmente la estructura Orgánica de nuestro país, sus Instituciones y las formas en las que manejarán, se han incorporado también principios dogmáticos en los que basa el Estado su actuar y se le ha otorgado al ciudadano ecuatoriano, así como al extranjero, una serie de garantías de carácter constitucional para que ejercite sus derechos.

En la presente fecha nos encontramos en el llamado “período de transición”, toda vez que los plazos establecidos en la misma Carta Magna dentro del *régimen de transición específicamente*, todavía se encuentran decurriendo, de ahí que existen muchos mandatos constitucionales que no se cristalizan y muchos otros que por su sola naturaleza han hecho inconstitucional alguna de las leyes o parte de ellas, de ahí que existe todavía una larga tarea para encajar las Leyes y Códigos a la Constitución de la República del Ecuador.

Dentro del tema que nos ocupa, es decir el arbitraje internacional, es necesario analizar las bases legales en las cuales el Ecuador mediante su ordenamiento jurídico, contempla o no al arbitraje internacional como medio de solución alternativa de conflictos, así también resulta indispensable estudiar el status en el que se encuentran los procesos pendientes en Centros de Arbitraje extranjeros que fueron de conocimiento anterior a la promulgación de la Constitución 2008 y finalmente dar un criterio sobre las validez o no de los Laudos emanados por Centros de Arbitraje Internacional, por ejemplo aquellos que pronuncie el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

CIADI²², y su efectividad para ejecutarlos dentro de nuestro país. Es menester entonces enunciar las bases legales en las que se encuentra contemplado el arbitraje internacional actualmente tanto a nivel Constitucional como legal y reglamentario.

En primer lugar y de conformidad con el Art. 424 de la Constitución Ecuatoriana, ésta prevalece sobre cualquier otro ordenamiento jurídico, es decir la norma constitucional es jerárquicamente superior a cualquier otro Tratado Internacional o legislación doméstica (leyes, códigos, ordenanzas, decretos) y según disposición del artículo ya invocado, todo ordenamiento jurídico, así como los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales, so pena de que carezcan de ineficacia jurídica. Claro está que jerárquicamente las disposiciones constantes en la Constitución sobre arbitraje internacional son norma suprema frente a las demás existentes.

El Art. 425 de la Carta Magna establece claramente cual es el orden jerárquico de aplicación de las normas, por lo que después de la Constitución se encuentran en segundo lugar los Tratados Internacionales; en lo relacionado al arbitraje internacional, varios son los Tratados, Convenios en fin los Instrumentos Internacionales que el Ecuador ha suscrito con otros Estados en materia comercial; y que dentro de estos se menciona el arbitraje internacional como solución alternativa de conflictos, el ejemplo más claro es el ya explicado Tratado Bilateral de Protección y Promoción de inversiones entre Ecuador y Estados Unidos.

Dentro del orden establecido en el Art. 425 de la Carta Magna se encuentran después de los Tratados o Convenios Internacionales, las leyes orgánicas, ordinarias. En nuestro caso concreto se puede hablar de una Ley que es especial en razón de su materia, es decir la Ley de Arbitraje y Mediación, esta Ley acapara una gran parte de lo que es el arbitraje en el Ecuador y de forma

²² Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones

concreta lo hace con el Arbitraje Internacional, de ahí que explica su aplicación, procedencia hasta dejar en manifiesto cuando el arbitraje internacional opera y que requisitos previos se necesitan para que tome forma.

Dentro del Art. 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación se encuentra enmarcada la base jurídica del Arbitraje Internacional, así también se encuentra detallada su procedencia, complementa con lo que establece el penúltimo inciso del Art. 42 de la misma Ley.

Es necesario entender que todos los Tratados Internacionales e Instrumentos Internacionales en general, así como la misma Ley de Arbitraje y Mediación fueron suscritos en base a una Constitución distinta a la actual, toda vez que ahora existe una nueva forma de concebir las relaciones comerciales extranjeras, así también nuestra Carta Magna ha recogido varios principios dogmáticos que se encuentran reflejados en cada uno de sus artículos o por lo menos en gran parte de ellos, de ahí que inclusive esta es una Constitución que norma de manera detallada, lo cual normalmente es distinto a la forma general que suelen disponer las Constituciones.

En lo referente al Arbitraje Comercial cuando interviene el Estado Ecuatoriano nuestra nueva Constitución afectará la validez de muchos Instrumentos Internacionales que están por venir, en materia de solución de conflictos.

La actual constitución en lo relacionado al arbitraje internacional tiene sustanciales cambios y limitaciones, constantes en las nuevas disposiciones constitucionales que hay que analizar su impacto y consecuencia en la practica del arbitraje.

III.I Limitación del Arbitraje Internacional en la nueva Constitución Política del Ecuador.

Para entender una limitación definiremos claramente este término, entendiendo como el hecho de establecer mínimos o demarcaciones a cierto acto o hecho

por medio de medidas lo suficientemente legales y legítimas con la finalidad de que no sobrepase las demarcaciones establecidas.

Esta investigación trata de analizar cuales serían, en caso de existirlos, los límites que existen en la actual Constitución Ecuatoriana en lo relacionado al Arbitraje Comercial Internacional.

Hasta inicios del año 2008, la base jurídica del arbitraje internacional eran las disposiciones de la Constitución (1998), los Instrumentos Internacionales vinculados al arbitraje internacional, la Ley de Arbitraje y Mediación la cual detalla con claridad el ámbito dentro del cual se desarrollaba el Arbitraje Internacional.

La Constitución que actualmente nos rige, tiene varias disposiciones que hablan de forma general de los métodos alternativos de solución de conflictos, entre éstos el arbitraje en general, el arbitraje internacional comercial, cuando el Estado Ecuatoriano es una de las partes del conflicto.

Con la finalidad de entenderle al arbitraje internacional comercial y las disposiciones que dentro de la nueva constitución existen, hay que inicialmente tomar en cuenta la importancia jerárquica que tiene La Constitución en el ordenamiento jurídico ecuatoriano. Ya está dicho que la Carta Magna en el Art. 425 está por encima de cualquier otra norma o actuación pública, de tal forma que cualquiera de ellas que vaya en contradicción a la Norma Suprema (Constitución) será ineficaz y nula. Sobre estas bases se construye la institución del Arbitraje Internacional y en caso de que existan disposiciones legales contrarias a lo que se dice literalmente dentro de la Constitución, éstas carecerán de validez alguna.

En la actual Constitución existen las siguientes disposiciones:

²³Art. 190.- *“Se reconoce al arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias 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 por la ley.”*

Esta disposición constitucional da la puerta a que las personas naturales o jurídicas solucionen sus conflictos de manera alternativa, de manera distinta a las que ofrece la justicia ordinaria. Para que exista arbitraje siempre tendrán que darse ciertos presupuestos, en primer lugar que estos procedimientos estén sujetos a la ley, que el problema a solucionar sea plenamente susceptible a arreglo (transigible) y al tratarse de una Entidad del Estado, que tenga las autorizaciones que la ley le obliga a tener a las instituciones del Estado de someterse a arbitraje y que dicha resolución no contraponga el orden público.

El Art. 416 de la Carta Magna dispone los principios en los cuales se basan las relaciones internacionales del Ecuador con la comunidad internacional, lo cual es de suma importancia dentro del tema del arbitraje internacional, toda vez que una de las bases jurídicas más sólidas del arbitraje internacional en el Ecuador son los Instrumentos Internacionales. El numeral 2 del artículo arriba mencionado establece que el Ecuador “Propugna la solución pacífica de las controversias, y rechaza el uso de la fuerza o amenaza para resolverlos.”, con lo que se puede concluir que dentro de los conflictos generados entre Estados o nacionales de un Estado frente a otros, sobre cualquier tema, el Ecuador busca que esos conflictos se resuelvan de manera pacífica (negociación, mediación, arbitraje) más no por medios amenazantes o forzosos, tales como el uso de la violencia, el autoritarismo o la toma de las armas, expropiación, concluyendo de esta manera la voluntad constitucional de que nuestro País avance hacia métodos de solución alternativa de conflictos .

²³ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, Art.190.

El Art. 417 de la Constitución del Ecuador dispone de manera expresa el sometimiento que tienen los Tratados Internacionales frente a la Carta Magna (tienen que guardar relación), y al hacerlo no especifica sobre cual tipo de Tratado Internacional, de tal forma que no aclara a que tratados se refiere, si es Comerciales o de Integración Política o de Estrategia, todos estos están sometidos a la Constitución sin importar su materia, solamente se hace una aclaración sobre los Tratados o Instrumentos Internacionales de Derechos Humanos.

Es necesario mencionar que el Presidente de la República suscribe los Instrumentos Internacionales para la posterior ratificación de los mismos por parte de la Asamblea Nacional haciendo conocer de este particular al Órgano legislativo

El Art. 419 establece en que casos se necesita la aprobación por parte del Órgano Legislativo (Asamblea Nacional) de manera previa a la suscripción y ratificación de un Tratado Internacional.

El Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador vigente, a continuación a ser analizado es de trascendental importancia y se demostrará porque:

²³Art. 422.- No se podrá celebrar tratados 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

²³ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Lunes 20 de octubre de 2008, artículo 22.

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”.

Dentro de esta disposición constitucional se **prohíbe** 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 Estado (Ecuador) y personas naturales o jurídicas privadas. Se exceptúan los Ttratados 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 las controversias...*

Como primer análisis se entiende que a partir de la vigencia de la actual Constitución, el Ecuador está prohibido constitucionalmente de celebrar y/o suscribir algún Instrumento Internacional (Tratados, Convenios, Acuerdos, Cartas de Entendimiento, etc) en el que se establezca el Arbitraje Internacional como medida alternativa de solución de conflictos, en algún lugar distinto al Ecuador, sin embargo cabe anotar que existe una excepción para celebrar Instrumentos Internacionales que establezcan arbitraje internacional o solución arbitral en órganos jurisdiccionales, cuando éstos se hagan entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica. Esta “prohibición constitucional” cabe únicamente cuando el Estado Ecuatoriano es una de las partes dentro de un conflicto que ha devenido a raíz de un contrato o un tema de índole comercial; siempre que la otra parte sea una persona natural o jurídica privada.

Esto lleva a que todos aquellos Tratados o Instrumentos Internacionales en los que el Ecuador empeña su palabra a llevar sus controversias (en las que el Ecuador es parte) a instancias de arbitraje internacional (a excepción de países en Latinoamérica) sean en la actualidad y a futuro imposibles de suscribir, siendo el caso más común aquellos Tratados Bilaterales de Inversión, en donde las cláusulas de sometimiento a arbitraje se encuentran casi siempre presentes, como es el de la solución alternativa de controversias en el extranjero y que no necesariamente se tratan de Centros de Arbitraje dentro de “la región” o Latinoamérica en general.

Muchos inversionistas extranjeros en general al someterse a un arbitraje internacional, deciden suscribirse a Centros de Arbitraje Internacional, como el CIADI o los Centros de Arbitraje Internacional de las Cámaras de Comercio (París, Inglaterra) invocando en primer lugar los Acuerdos Internacionales en los que se encuentra empeñada la palabra del Ecuador, normalmente los Tratados de Protección Bilateral Recíproca entre el Ecuador y cualquier otro Estado (TBI).

Es decir, en base a la única excepción constante en el inciso segundo del artículo en análisis, el Ecuador va a poder suscribir Tratados o Instrumentos Internacionales en los que se prevea que el Arbitraje se ha de celebrar entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios, se advierte que no podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de las controversias, es decir el único arbitraje internacional en donde el Estado Ecuatoriano sea parte en conflictos derivados de materias contractuales o de índole comercial serán dentro de Centros de Arbitraje de los países de América - Latina o también ante un órgano jurisdiccional de uno de estos países.

Llama la atención esta forma discriminatoria contemplada en nuestra Constitución de permitir únicamente celebrar tratados internacionales en

donde se prevea arbitraje internacional únicamente en países Latino-Americanos. Se esperaba que la nueva Constitución y sus redactores respeten derechos de libertad de elección , así como el principio tan fundamental que es el de igualdad, por constituirse en principio rector en donde no se produzca discriminación alguna. Por consiguiente nos planteamos y nos preocupa estas interrogantes ¿No existe una contradicción y negación principalmente de principios y directrices que de forma sistemática está elaborada la Constitución? (igualdad, no discriminación, solidaridad), frente a lo que establece el Art. 422 de la Constitución Política del Ecuador, de forma puntual en lo referente a “ suscribir acuerdos **únicamente con países de América latina** ?

Sin duda alguna aquí no solamente estamos viendo la limitación al arbitraje internacional, sino un ejemplo indiscutible de **discriminación de Estado** de carácter Constitucional. Para mayor abundancia cabe mencionar que muchos de los conflictos internacionales en los que el Ecuador ha sido parte se han resuelto en Centros de Arbitraje Norte - Americanos o Europeos (CIADI, Cámara de Comercio de París) y que pocos son los casos en los que el Ecuador se ha sometido a un centro de arbitraje latino Americano. Hubiera sido saludable que no se haya llevado el campo del “patriotismo” y “sentimiento latino- americano” hasta una disposición constitucional tan limitante (Art. 422), para mayor eficacia, pragmatismo y credibilidad, cabía únicamente hacer lo que se hizo hace pocos días atrás cuando se denunció unilateralmente por parte del Ecuador el Convenio por medio del cual nuestro país formaba parte del Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, CIADI, así se actúa de forma puntual y directa hacia donde se considere que un lugar específico no conviene al Ecuador, sin embargo al poner tamaña traba constitucional generalizada inclusive impide el arbitraje en lugares distintos a Latinoamérica con nuestros nuevos socios comerciales (China, Irán, etc.)

Finalmente y para no dejar cabos sueltos, aún cuando no corresponda al tema en estudio, la parte última del Art. 422 que está siendo analizado, se refiere a

temas de deuda externa, específicamente habla que en caso de que el Ecuador entre en controversias que se relacionan a la deuda externa, el mismo Estado será el que promueva soluciones arbitrales en función del origen de la deuda, siguiendo ciertos principios rectores como transparencia, equidad y justicia internacional. Cabe resaltar que esta última parte hace relación al origen de la deuda externa, cosa que ya ha sido manejada por el Ecuador hace pocos meses, es decir aquel informe que se hizo auditando gran parte de la deuda externa del Ecuador y que terminó en declaraciones de negativa de pago, para tener un resultado esperado (baja del precio de los bonos de deuda) con lo cual se compró bonos a precio de “gallina enferma” sacando el 93% de dichos bonos del mercado y ahorrándole al Estado millones de dólares, sin duda una jugada maestra por parte de nuestros economistas, así como tampoco existe duda que el Ecuador no promovió arbitraje, tal y como ordena la última parte del Art. 422, es decir siguiendo principios rectores como transparencia, equidad y justicia internacional. Sobre este último inciso del Art. 422 existe una sentencia interpretativa²⁴ emanada por parte de la Corte Constitucional de fecha marzo 2009, la cual por mandato Constitucional también es de obligatoria interpretación.

En conclusión y frente a la realidad y los hechos, el Ecuador dentro de su marco jurídico constitucional vigente no puede suscribir Tratados o Instrumentos internacionales en los que ceda jurisdicción soberana a centros de Arbitraje Internacional en conflictos derivados de contratos o de índole comercial, con las excepciones antes anotadas, lo cual si instituye una limitación al Arbitraje, toda vez que se han puesto barreras fronterizas para su celebración (solo Latinoamérica) y los nacionales de los países que piensen llevar controversias al extranjero, ahora no lo pueden hacer, y los países que se consideren Estados amigos del Ecuador que quieran celebrar un Tratado Bilateral de Inversión en donde se garantice arbitraje Internacional se ven

²⁴ Corte Constitucional, sentencia interpretativa No. 001-09-SIC-CC, Quito 13 de marzo de 2009

limitados, porque sencillamente no es constitucional, es decir se atentó con ese principio por medio del cual las partes eran libres de escoger el lugar en donde se desarrollaría el arbitraje, puesto que a futuro todos los conflictos en los que nuestro Estado sea parte se podrán celebrar en centros de Arbitraje Internacional que se encuentren dentro de los límites que se marcan desde el Río Grande hasta la Patagonia.

III.II ARBITRAJE EN LATINOAMERICA, HISTORIA Y REFERENTES.

Al hablar de arbitraje en Latino - América hay que regresar hasta el principio mismo de las relaciones en los nacientes países latinoamericanos, es decir aquellos primeros Tratados Internacionales de Amistad, Negociación y Navegación entre Estados vecinos dentro de los cuales se iban esbozando en estos cláusulas compromisorias o arbitrales que son los antecesores a los convenios de arbitraje suscritos entre países latinoamericanos.

Dentro de la historia Latino- Americana de arbitraje. como uno de los precedentes podemos tomar el Congreso Jurídico compuesto de Representantes de España, Portugal y países latinoamericanos (1892), dentro de este Congreso Jurídico se llegó entre otras a las siguientes decisiones:

“1) El Arbitraje es conveniente, en el actual Estado de la sociedad internacional, para decidir las contiendas que surjan entre los nacionales; 2) Su aceptación por América – latina, España y Portugal sería muy oportuna en los momentos presentes; 3) Al efecto los Estados representados en el Congreso deben concretar tratados especiales de arbitraje, tomando por base el que se pactó entre España y el Ecuador el 23 mayo de 1888, hasta que nuevos y anhelados progresos del Derecho Internacional Públicos hagan posible la creación de un Tribunal Permanente destinado a evitar o poner fin a las cuestiones que existan o puedan nacer los Estados mencionados.”²⁵

²⁵ Congreso Jurídico Iberoamericano, 1888.

Es decir mediante este congreso jurídico a finales del siglo XIX al que acudieron varios representantes de España, Portugal y países latinoamericanos en donde les correspondía concretar y arreglar varios de los conflictos pendientes entre estas naciones colonizadoras y colonizadas, en este caso conflictos internacionales de Estado a Estado, se acoge al arbitraje como un recurso mediante el cual estas naciones que ahora era amigas solucionarían sus problemas mutuos mediante arreglos consensuados, sin embargo es importante resaltar que en el considerando "tercero" uno de los acuerdos es migrar del naciente arbitraje, hacia una aspiración de un naciente también Tribunal Permanente, destinado a poner fin a las diferencias existentes o que puedan existir entre estos Estados, es decir hacer del arbitraje internacional entre naciones un constante institucional para solucionar los conflictos entre países. Finalmente se deja como principio que todos estos países acojan al arbitraje como un medio para solucionar sus controversias, sin excepción de que tema sea el conflicto o su origen.

Sin duda alguna el principio del arbitraje latino americano ha sido poner fin al permanente problema limítrofe entre estas naciones fronterizas, puesto que desde 1830 al dividirse la Gran Colombia, con ello también comenzó la época en que Ecuador, Venezuela, Colombia y Perú entrarían en conflicto de límites. Existen varios casos por medio de los cuales Ecuador y Colombia se han sometido a arbitraje para solucionar sus conflictos fronterizos, uno de los casos de mayor trascendencia fue aquel acuerdo tripartito por medio del cual Ecuador, Colombia y Perú (celebrado en Lima en 1894) sometieron al juicio de S.M. el Rey de España, como árbitro en derecho y equidad las cuestiones de límites pendientes entre las tres Repúblicas.

Ya a comienzos del siglo pasado en 1900, en España se proclama en un Congreso Hispanoamericano entre las naciones americanas, como normas de solución de conflictos el arbitraje obligatorio, además se proclama como principio la exigibilidad de los laudos expedidos, lo propio hizo Brasil en el

Congreso Científico que se reunió en Montevideo en marzo de 1901. Si bien estos principios fueron proclamados solamente, sirvieron a inicios de siglo para ir amoldando lo que sería el arbitraje en Latino América.²⁶

En esta etapa de la historia en Latinoamérica se encontraba pendiente entre países que hacían frontera, temas de limitación fronteriza y justamente en aquellos tiempos en donde los países tomaban la más cruel de las decisiones, es decir levantarse en armas, para evitarlo se establecieron estos principios internacionales de los cuales y como producto de ello nace el arbitraje internacional entre Estados Latinoamericanos, como la opción más viable cuando la diplomacia fallaba y la única solución eran los conflictos armados.

En 1907 se lleva a cabo la conferencia en donde asisten delegados de las Repúblicas de Costa Rica, El Salvador, Guatemala, Honduras y Nicaragua todas ellas suscriben distintos acuerdos en general de cooperación entre Estados, de paz y amistad. Es curioso que dentro de uno de estos instrumentos internacionales suscritos, los Estados se comprometen a crear la Corte de Justicia Centroamericana, cuya finalidad era conocer sobre todas las controversias de cualquier naturaleza entre países centroamericanos, es decir a nivel de Estado a Estado, siempre que las respectivas cancillerías no hubiesen llegado a un acuerdo diplomático. Sorprende que en aquellos tiempos, es decir dentro de la primera década a comienzos del siglo XX, en donde se pregonaba al arbitramento como solución exigible y obligatoria para los países de América, pues esto se venía haciendo en los distintos congresos científicos, para 1907 los países centroamericanos decidan crear una Corte de Justicia que encierre su territorio, lo cual implicaba que se migre definitivamente de un método alternativo de solución de controversias como es arbitraje, a una justicia ordinaria de carácter internacional, en otras palabras es aquí donde empieza a retomar fuerzas estas instituciones internacionales de justicia ordinaria, consiguientemente se hacen de lado tribunales arbitrales los

²⁶ Congreso Científico, Montevideo marzo de 1901

cuales como veremos más tarde perderán fuerza por largos años, para después ser reconocidos en ámbitos privados, más que a nivel público.

Sin perjuicio de lo anterior, el afán de las naciones americanas en aquellos tiempos, como se mencionó anteriormente, fue encontrar medios distintos para la solución de sus problemas cuando la diplomacia fracasaba, sin que tenga como consecuencia enfrentamientos armados entre países similares. Uno de los referentes históricos más renombrados de arbitraje internacional de Estado a Estado de forma bilateral, fue el suscrito pero no ratificado, entre los Estados Unidos Colombianos y la República de Chile el 3 de septiembre de 1880, el cual dentro de sus enunciados mantenía el compromiso de las partes, de manera perpetua y obligatoria de someter a arbitraje cualquier controversia y dificultad que pudiera suscitarse entre ambas naciones sin importar el vínculo o tema de la desavenencia. Así también se establecía la manera de formular a los árbitros y el procedimiento. En definitiva, dentro de este instrumento internacional las partes iniciaban un nuevo principio del derecho americano, que consistía en suscribir convenciones análogas con otras naciones americanas, esto con la finalidad de lograr la mayor cantidad de convenios suscritos sobre arbitraje dentro de Latino América y en los mismos términos que la antes dicha convención.

Sin lugar a duda para muchos estudiosos del arbitraje latinoamericano esta convención constituye un punto de partida para el derecho arbitral americano, no solamente porque se remota a finales del siglo XIX, sino que sus principios idealistas e innovadores podrían ser hasta la presente fecha aplicables en nuestra realidad. Es importante resaltar que los Estadistas mentores de esta convención, no se reducen simplemente a acuerdos bilaterales, sino dentro del artículo tercero se habla de crear convenciones análogas con otros países americanos acerca de la solución de conflictos por medio del arbitramento, para que se constituya un principio de derecho público americano, de allí su importancia puesto que si bien es cierto la tanta veces mencionada convención no fue ratificada por sus suscriptores, no es menos cierto que sirvió de bases

doctrinales para las hoy instituidas convenciones americanas sobre arbitraje internacional.

Cabe una crítica a esta convención, en el sentido de la conformación del tercer arbitro, el cual siempre sería por mandato del inciso segundo, del artículo 2 el Presidente de los Estados Unidos de América, esto muchas veces implicaría que al designar siempre a un personaje de tanto poder dentro del hemisferio y a nivel mundial, casi siempre su decisión carecería de esa imparcialidad, objetividad y ecuanimidad necesaria para estos casos. Se deja mencionado que en futuras convenciones tomadas al pie de la presente se reformó precisamente esta parte de la convención.

Para mayor abundancia existen casos de arbitraje a nivel de Estado a Estado que datan desde los finales de 1800 hasta buena parte del siglo XX, entre otros están: *El arbitraje pactado entre Brasil y Los Estados Unidos de América en 1870 en relación a la reclamación presentada por Brasil sobre el buque "Canadá"; el arbitraje entre Chile y el Perú sobre la liquidación de las cuentas de la escuadra aliada para repeler a la escuadra Española en 1865; El Arbitraje entre el Ecuador y los Estados Unidos de América, sobre la reclamación del ciudadano norteamericano Julio Santos; Arbitraje entre Venezuela y Estados Unidos de Norte América para resolver varias reclamaciones diplomáticas contra de Venezuela*

En conclusión la historia del arbitraje latinoamericano es amplio, sin embargo tiene un punto de partida en común el cual fue dar solución a los problemas de las nacientes Repúblicas que no podían solucionar sus problemas vía diplomática, el denominador común, eran los temas limítrofes de Estado a Estado, es decir poco se puede hablar en la historia del Arbitraje Latinoamericano como un arbitraje comercial entre Estados, menos aún arbitramento entre Estados y particulares sobre temas contractuales y comerciales. Con el fin de dar a la historia la parte que le corresponde, mediante estos principios (de arbitraje) el ciudadano latinoamericano va

entendiendo a esta forma alternativa de solucionar sus conflictos, como un medio idóneo y adecuado, lo cual ha llevado a que el arbitramento no se limite únicamente a ser temas de Estado, sino también que el ciudadano común, el inversor nacional o extranjero vea en él como un medio accesible para dar fin a sus controversias.

En Latinoamérica existió desde el comienzo mismo de su historia como Estados soberanos e independientes el principio del arbitramento lo cual en los actuales tiempos se vea reflejado como una práctica normalmente utilizada.

El continente y con eso Latinoamérica se ha caracterizado en gran parte del siglo XIX a someter a arbitraje temas relacionados con problemas fronterizos entre ESTADOS, existen dentro de este período de tiempo (1850-1950) temas también relacionados a escenarios distintos a problemas limítrofes, más aún dentro de los tiempos actuales en donde se han dado y actualmente se dan varios procesos arbitrales en donde sus partes son Estados o ciudadanos latinoamericanos, o bien los árbitros son de uno de los países de latino América o más aún una ciudad latinoamericana es sede de un proceso arbitral, consiguientemente con el paso del tiempo el arbitraje dentro de Latinoamérica ha cambiado de ese arbitraje Estatal, al arbitraje privado comercial y con intervención del Estado como parte litigante.

III.III EL ECUADOR Y EL ARBITRAJE INTERNACIONAL LATINOAMERICANO, PERSPECTIVAS.

La realidad del arbitraje en la región cada vez crece más, los abogados y árbitros latinoamericanos practican y usan el arbitraje para precaver o solucionar un problema suscitado o inminente, así también varios estudios jurídicos de la región empiezan a contar con abogados especialistas en la materia y juegan un papel activo en los casos.

En el Ecuador se cuenta con una política de solución alternativa de conflictos a través del arbitraje y la mediación en materia susceptible de transacción. En

sus inicios, las Cámaras de la Producción del país establecieron la Ley de Arbitraje Comercial en 1963, convirtiéndose el arbitraje y la mediación una alternativa idónea de solución de conflictos, con la creación de varios centros especialmente el de la Cámara de Comercio de Quito, Cámara de la Construcción, Cámara Ecuatoriano Americana, Cámara de Industriales.

Las Universidades también han aportado en el ámbito que les compete, así pues muchas facultades de Derecho del Ecuador tienen dentro de su pensum académico esta materia como obligatoria, pero lamentablemente, todavía la práctica común de los abogados y de la personas en general es someterse a largos y costosos juicios dentro de la justicia ordinaria.

Regresando a Latinoamérica en general existen datos importantes que son dignos de destacar, es así que: Argentina, México y Brasil constituyen el 8.3% de las sedes de arbitraje en el mundo. En arbitraje, Latinoamérica y Asia son los lugares de mayor crecimiento en los últimos años, el mismo que se ha evaluado bajo los siguientes parámetros: 1) Número de partes; 2) Número de ciudades como sede de arbitraje internacional y; 3) Nombramiento de árbitros.

Bajo esta perspectiva algunos países de la región tienen crecimiento igual con respecto a otros, sin embargo siempre están presentes países como los antes nombrados, los cuales tienen años de avance con respecto a sus similares de la región, sin perjuicio de esto y haciendo un balance global del arbitraje como sistema de solución de conflictos en Latinoamérica, se puede decir que éste se encuentra, como en la mayor parte de sus países que lo integran, en CRECIMIENTO es decir, crecimiento que significa que en actualidad el arbitraje es aplicado por cierto grupo de personas o grupo sectorizado que conoce sobre el tema (empresarios nacionales, extranjeros, trabajadores), existe también dentro de casi toda Latinoamérica legislación que regula a este sistema para su funcionamiento dentro de cada país, así como también están vigentes legislaciones internacionales que regulan el arbitraje a nivel de países latinoamericanos o Instrumentos Internacionales sub-regionales, es decir

Latinoamérica tiene doctrina, jurisprudencia, costumbre y legislación en temas arbitrales, concluyendo el derecho arbitral latinoamericano tiene, aún cuando recientemente, bases sólidas por la cuales se viene desarrollando.

LEGISLACIÓN ARBITRAL LATINOAMERICANA.

A nivel de legislación internacional arbitral latinoamericana, se han suscrito varios Instrumentos Internacionales, dentro de los cuales se ha regulado en primera instancia el comercio entre nacionales de distintos Estados (Compra Venta de Mercaderías Internacionales), existen también convenciones en temas de Comercio Internacional; y desde luego después de que la necesidad lo ha requerido se han firmado varios instrumentos internacionales para la solución alternativa de conflictos (negociación, mediación, **arbitraje**) así como Convenciones por medio de las cuales se puede hacer efectivo lo resuelto mediante arbitraje (eficacia y extraterritorialidad de las sentencias arbitrales extranjeras). A continuación legislaciones internacionales Latinoamericanas para el cumplimiento de resoluciones arbitrales:

TRATADOS DE MONTEVIDEO DE 1888- 1889 y de 1939-1940

Al Tratado de Derecho Procesal Internacional de 1888- 1889 se le otorga el mérito de haber sido la primera Convención Internacional que decidió regular sobre arbitraje, pues esta ubica en el Título III, Arts. 5 a 7, “*Del cumplimiento de los exhortos, sentencias y fallos arbitrales*”, así también los Arts. 3 y 4 del mismo título establece y hace referencia sobre las “*legalizaciones de las sentencias y laudos arbitrales homologados y expedidos en asuntos civiles y comerciales.*”²⁷

El Tratado de Derecho Procesal Internacional de Montevideo de 1939- 1940 sigue los mismos principios que el antes mencionado Tratado, el cual habla

²⁷ Rubén Santos Belandro, Arbitraje Comercial Internacional, Universidad Mayor de la República del Uruguay, Pág. 138.

estrictamente de la ejecución de los laudos y sentencias extranjeras, más no se detiene a temas específicos como los requisitos de validez formales o menos aún se habla del concepto del **no** reconocimiento de los laudos extranjeros por causales específicas, p.e. el quebrantamiento al orden público.

Los Tratados de Montevideo de 1889 fueron suscritos por Argentina, Brasil, Chile, Paraguay, Perú, Uruguay, siendo únicamente Brasil y Chile dos de los países que no ratificaron el presente Tratado; por otro lado Colombia se adhirió.

CODIGO DE DERECHO INTERNACIONAL PRIVADO O CÓDIGO DE BUSTAMANTE

Al igual que los Tratados Internacionales antes mencionados el presente cuerpo de leyes dentro de sus disposiciones legales **NO** regula el procedimiento arbitral **en su conjunto**, así como tampoco se refiere al tema del procedimiento arbitral, es decir se limita a la ejecución de las sentencias arbitrales dictadas en el extranjero.

Este Código de Derecho Privado sostiene que para ejecutarse y validarse un laudo arbitral extranjero debe sustanciarse entre Estados partes y lo que es más, se debe ejecutar el laudo en otro Estado parte.

CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL.

La Organización de Estados Americanos, en la Asamblea General, celebrada en San José de Costa Rica del 14 al 23 de abril de 1971, dictó una resolución por medio de la cual se decidió "*Convocar a una Conferencia Especializada Interamericana sobre Derecho Internacional Privado...*"²⁸, la cual avocó la preparación de diversos estudios e informes sobre **la revisión** del Código de Derecho Internacional Privado. El 14 de enero de 1975 en una conferencia con casi la presencia totalitaria de los países de la Organización de Estados

²⁸ Asamblea General de La organización de Estados Americanos, San José de Costa Rica, 14 al 23 de abril 1971

Americanos resolvió la aprobación de dos resoluciones y seis tratados, dentro de los cuales figura **La Convención Interamericana sobre Arbitraje Internacional Comercial**, suscrita por 12 de los 21 países que eran miembros de la OEA. En su texto definitivo consta de 13 artículos distribuidos básicamente en el reconocimiento y requisitos de los acuerdos arbitrales, designación, nacionalidad de los árbitros, libertad de las partes para la regulación del arbitraje, exequátur y ejecución del laudo arbitral, causales de suspensión de ejecución, entre otras.

Esta Convención que nace del seno de la OEA, puesto que le antecede recomendaciones de países partes, así como conferencias de las cuales se obtiene la creación del tema en estudio, tiene como finalidad la homologación de las legislaciones sobre arbitraje a nivel regional, y más aún los Estados parte se encuentran sustentados mediante este instrumento internacional para la resolución de sus controversias generadas de los problemas del comercio internacional.

Es menester resaltar que dentro de los trece artículos que conforman esta legislación, muchos de éstos se ven contempladas en primer lugar, todos aquellos principios y doctrinas desde los Tratados de 1888-1889 (Montevideo) hasta las más recientes como las de Nueva York (1958) y la de Panamá (1979), y en segundo lugar puesto que es finalidad de estas legislaciones regionales y otras a nivel mundial (ONU) simplificar y homogenizar el derecho, esta Convención *en forma más extensa se le encuentra materializada* en las legislaciones domésticas de cada país parte de la región. En el Ecuador nuestra Ley de Arbitraje y Mediación (1997) responde justamente al modelo de ley de la Naciones Unidas, los modelos interamericanos y sin lugar a dudas a esta última convención analizada.

DOCTRINA ARBITRAL INTERAMERICANA

Dentro del campo en estudio han existido varios autores que han desarrollado principios completamente aplicables y aplicados en legislación internacional y doméstica sobre arbitraje. Las distintas conferencias celebradas en la región,

así como los proyectos de leyes y proyectos de creación de Convenciones y más aún todos los grandes estudios que por la falta de suscripción y ratificación por parte de los Estados quedaron solamente en material de estudio y soporte doctrinal, hoy sirven o en efecto sirvieron como DOCTRINA para la creación de las legislaciones.

PROYECTO DE LEY SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL

Consistió en un proyecto de ley sobre arbitraje hecho por el Comité Jurídico Interamericano, constante de 19 Arts., que fue mandado a los distintos Estados partes para las observaciones respectivas, de las observaciones hechas, se hizo un segundo proyecto, éste se envió al Consejo del CJI, el cual fue aprobado por unanimidad en la III reunión del CIJ celebrada en México el 04 de febrero de 1956.²⁹

Por cuanto no existió por parte de los Estados miembros de la OEA, la acogida a esta ley uniforme, quedó en final como de carácter doctrinario, sirvió como inspiración de varias legislaciones nacionales, así como de otros convenios internacionales. En el caso del Ecuador se dictó el Decreto Ley No. 735 del 23 de octubre de 1963 dentro del cual se consagraron los principales puntos de esta ley modelo.

COMITÉ JURÍDICO INTERAMERICANO

El Consejo Interamericano de Jurisconsultos, fueron encomendados por parte de la OEA hacer varios estudios y conferencias sobre proyectos de ley uniforme, comercio internacional, derecho internacional privado, etc.

Una de sus más grandes obras que comenzó como doctrina, para luego convertirse en una ley internacional de obligatorio cumplimiento fue el proyecto de convención interamericana sobre arbitraje comercial internacional la cual constaba, en principio, de cinco artículos cuyas características hoy por hoy se encuentran reflejadas a nivel de una consagración normativa

²⁹ Comité Jurídico Interamericano, Río de Janeiro, 21 de Diciembre de 1953.

PROYECTO DE CONVENCIÓN INTERAMERICANA SOBRE ARBITRAJE COMERCIAL INTERNACIONAL

Este instrumento internacional suscrito en Panamá el 30 de enero de 1975 se da por un lado, en el marco de una actividad constante y persistente de los especialistas y hombres de negocios de querer asumir el papel de legislador internacional, quienes enviaban a sus delegados a las reuniones, congresos y simposios que sobre el tema de arbitraje internacional se realizaban. Los países latinoamericanos habían establecido disposiciones relativas al arbitraje que estaban limitadas únicamente a controversias al ámbito interno y con eficacia en el campo doméstico. Faltaba un régimen jurídico interamericano que hiciera factible la aplicación del arbitraje a los conflictos que originaba el comercio internacional.

Una institución que colaboró mucho con el arbitraje interamericano, fue la AAA American Arbitration Association, quienes colaboraron en la creación y organización de un sistema interamericano de arbitraje con la unión panamericana.

Con la finalidad de ejecutar esta organización se celebraron varias conferencias estrictamente comerciales y panamericanas quienes emitieron sus informes por cada conferencia y de donde en última instancia se obtuvo puntos esenciales para el funcionamiento del sistema.

Si bien actualmente, no se le puede dar el rango de legislación o tratado internacional puesto que no mediaron la suscripción y ratificación de dos o más países latinoamericanos, sino simplemente los puntos esenciales de los informes obtenidos de las distintas conferencias, estas han servido como principios doctrinarios para la creación de legislaciones arbitrales internas, así como también instrumentos internacionales relacionados al tema de estudio.

Un tema de importante trascendencia se da cuando en la región resurgen los intentos de crear normas uniformes referidas al arbitraje comercial internacional, es así que en Río de Janeiro en 1950 dentro del marco de la I Reunión del Consejo Interamericano de Jurisconsultos se les otorga la tarea de estudiar el arbitraje comercial internacional, con el título “Uniformidad de Legislaciones”.

CASOS Y RESOLUCIONES SOBRE ARBITRAJE EN LA REGIÓN

El 2001 la Corte Suprema de Panamá declaró inconstitucional la disposición de la ley de arbitraje que otorgaba a los árbitros el poder de decidir sobre su propia competencia, más tarde existió una reforma sobre el mismo tema a la ley mencionada.

El caso COPEL en Brasil, un Tribunal del Estado de Paraná confirió una sentencia en donde se ratificaban dos sentencias inferiores que suspendían el arbitraje mientras se resolviera la cuestión de la validez de la cláusula de arbitraje.

En Uruguay se reconoció un laudo extranjero por no haberse probado que el orden público internacional se violó (2004).

En Chile la Corte Suprema confirmó las decisiones de dos cortes de instancias inferiores las cuales remitían un caso al arbitraje en Londres puesto que la cláusula así lo establecía *(13 de septiembre del 2004)*.

En nuestro país si bien no es un caso que precisamente se haya dado entre partes de Estados LATINOAMERICANOS, se dio entre Estados partes de la OEA, este es el caso de la OXY Vs. Ecuador. Este arbitraje lo resolvió en última instancia el CIADI, el cual ordenó pagar al Estado Ecuatoriano alrededor de 80 millones de dólares por el IVA petrolero cobrado.

COSTUMBRE

Si bien como se ha dejado claro el arbitraje comercial en América Latina no es nada improvisado o que acaba de nacer de la idea suelta, la costumbre del ciudadano común latinoamericano no se acopla en su totalidad al arbitraje, lo contrario sucede con el empresario de la región que ven como un derecho y completamente legítimo que las controversias que se generan a través de

comercio internacional sean resueltas a través del arbitraje en un Estado completamente imparcial, de manera ágil, rápida y perfectamente ejecutable.

Si bien en la actualidad el tema de la soberanía jurisdiccional de los Estados ya no se maneja de manera recalcitrante (Doctrina Calvo) todavía existen Estados en donde su misma legislación ha constituido un escudo protector frente al arbitraje, el caso ecuatoriano que fue analizado con anterioridad es digno de mención (Art. 422 Constitución de la República).

En conclusión la costumbre latinoamericana no está apegada al arbitraje para la solución de sus problemas, así como tampoco la historia data grandes actos repetitivos a través de un cierto tiempo determinado en temas de arbitraje, sino que se constituye en una excepción a una regla general que es la justicia ordinaria.

Sin perjuicio de lo anterior, se puede hablar que existe medianamente, la costumbre de que en cada contrato privado se incluya la cláusula arbitral, sin embargo y por la falta de estudio del tema o la improvisación de las partes muchas veces esta cláusula arbitral es patológica, es decir tiene grandes vicios.

Para finalizar este análisis, comprenden lo relacionado a Latinoamérica, grandes son los pasos que se han dado en arbitraje comercial internacional, una muestra de aquello es la legislación, doctrina, costumbre y casos brevemente explicados anteriormente; ahora cabe analizar cuales son las perspectivas ecuatorianas con respecto al arbitraje comercial internacional **exclusivamente** en países latinoamericanos.

La perspectiva ecuatoriana es que en los próximos años, los conflictos en los que el Estado Ecuatoriano se encuentre involucrado con empresarios o inversionistas extranjeros ya no se resolverán en la Cámara de Comercio de París o en Washington (CIADI), sino en alguna ciudad Latinoamericana como Santiago o La Paz, lo que sin duda compromete mucho al Ecuador con respecto al arbitraje comercial latinoamericano.

En la actualidad tres países latinoamericanos llevan el 8.3% de las sedes de arbitraje en el mundo, es decir el Ecuador, a mediano plazo se verá en la realidad de aplicar esta norma constitucional, lo cual significa que nuestro país **no** se someterá sus controversias en países cuyos conocimientos de arbitraje internacional comercial sean nulos o mediocres, puesto que Latinoamérica viene desarrollando este tema (arbitraje internacional) desde hace más de un siglo atrás, por lo que mal se podría decir que las controversias ecuatorianas y sus inversionistas se encuentran en manos de árbitros, Centros o Estados que ignoran o son improvisados sobre el tema, por el contrario dentro de la Región existen varios Centros especializados de arbitraje, tales como la Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC), los Centros de Arbitraje de las Cámaras de Comercio de los Países Latinoamericanos (Quito, Santiago, Buenos Aires, etc) y además se cuenta con basta legislación doméstica e internacional de primera clase, jurisprudencia para salvaguardar los derechos del los inversionistas, así como de los Estados. Sin perjuicio de aquello todavía es pasmoso lo que conlleva la Constitución Ecuatoriana al delimitar el arbitraje comercial internacional **única y exclusivamente** en conocimiento de países o centros de Latinoamérica, puesto que en efecto constituye discriminación con respecto de otros Estados de la Comunidad Internacional.

En conclusión el Ecuador en el futuro resolverá sus problemas comerciales con inversionistas en centros de arbitraje o ante jueces de Estados de Latinoamérica, puesto que así lo establece su Carta Magna, lo cual en ningún momento constituye un perjuicio, toda vez que el derecho arbitral latinoamericano, su legislación, sus estudiosos y sus Centros han asumido la bandera del arbitraje comercial desde hace mucho tiempo atrás a la vanguardia con países de primer mundo, lo cual como antes quedo dicho, es perfectamente viable y ejecutable. Hay también que entender que esta disposición constitucional le otorga al Ecuador y a los propugnadores de la tesis del “arbitraje Latinoamericano” la responsabilidad histórica de conducirlo hasta el siguiente nivel, lo cual es llenarle de confianza al inversionista extranjero que el arbitraje en una sede latinoamericana es tan bueno o mejor

que los que se desarrollan en el CIADI o en algún Centro de Europa, puesto que si bien los votos de fe por parte del Ecuador ya están dados a los países de Latinoamérica, resultaría hasta perjudicial creer que con aquello basta, ya que por detrás debe existir una fuerte decisión política, académica por parte de las Organizaciones Regionales, para hacer del arbitraje Latinoamericano una de los más confiables y eficientes del mundo. En otras palabras el Ecuador no solo asumió el hecho de alejarse del arbitraje internacional en Centros arbitrales Norteamericanos o Europeos, sino también de apegarse al arbitraje regional, lo cual conlleva la responsabilidad de consolidar al arbitraje comercial en América latina aportando con estudios, actuado activamente en Organismos Internacionales regionales y sub-regionales (OEA, CAN, MERCOSUR, UNASUR) y sobre todo velar por que el arbitraje se haga de maneras transparentes, lejanos de las manos del parcialismo, demora absurda y corrupción.

II.IV. EFECTOS COMERCIALES DERIVADOS DEL NUEVO MARCO LEGAL QUE REGULA EL ARBITRAJE INTERNACIONAL.

La transformación estructural e institucional que ha sufrido el Ecuador mediante el cambio Constitucional ha surtido sus efectos en varios ámbitos como: el político, social y sin dudas el económico; sin embargo no cabe dudas que los meses que han transcurrido hasta la presente fecha no son un tiempo adecuado (por ser mínimo) para realmente entender cuales van a ser los efectos que en el mediano y largo plazo causen en este caso en lo **económico**.

Es importante sin embargo ir tomando en cuenta los efectos que se han producido en este tiempo que sería el de *transición*, puesto que estamos pasando de las bases institucionales creadas desde la Constitución de 1998, hasta todo lo que ordena la actual, (2008). En el ámbito que nos ocupa han existido cambios que ya se han venido anotando a lo largo de este trabajo, por ejemplo: la misma disposición Constitucional Art. 422, la creación y unión del Ecuador con varios Estados latinoamericanos para crear una política común

UNASUR y una de las más concretas la denuncia por parte del Ecuador a varios Tratados Bilaterales de Inversión y a la Convención que creaba el CIADI, tanto es así que el decreto ejecutivo que da por terminada la suscripción por parte del Ecuador a la Convención de Washington (CIADI), funda sus antecedentes en la disposición Constitucional contenida en el Art. 422.

Como antes quedo anotado Latinoamérica tiene fuertes bases de arbitraje comercial internacional, ora por sus años de estudio y trabajo en el tema, ora por la legislación y aplicación que ha existido, consecuentemente el Ecuador no les deja la opción a sus inversionistas extranjeros de quedar sus controversias ante Centros de Estados ignorantes o poco peritos sobre el tema, por el contrario muchos de los árbitros latinoamericanos de varios Centros (CIAC, Cámaras de Comercio de Latinoamérica) se han desempeñado muy académicamente dentro de los centros a los cuales se deben en Latinoamérica o en Centros foráneos Estadounidenses o Europeos. El sostener como lo hacen algunos articulistas y analistas ecuatorianos que los inversionistas extranjeros se verán sometidos en futuros conflictos a Cortes de Justicia ordinaria ecuatorianas **únicamente**, es una falacia, puesto que la misma disposición Constitucional (Art. 422) no está redactada en dichos términos, ya que literalmente se deja a salvo los Tratados o Instrumentos Internacionales que establezcan la solución de controversias entre ciudadanos y Estados de Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por Órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios, es decir quedan a libre disposición para las partes el mismo arbitraje, la mediación, la negociación y más métodos alternativos para solucionar conflictos.

No se puede negar que el arbitraje internacional se ha limitado, puesto que existe una prohibición expresa, sin embargo y con el afán de ser académico más no pasional, tampoco se puede hablar de que éste (arbitraje internacional comercial) haya desaparecido o que el inversionista extranjero se encuentra sin esta garantía común en los negocios internacionales, ya que todo este análisis demuestra el nuevo rumbo que tomará el arbitraje en el Ecuador.

En lo concerniente al tema económico y cual serán los efectos que causará las disposiciones constitucionales con respecto a la inversión extranjera, hay que tomar en cuenta por una parte que ha pasado muy poco tiempo desde la promulgación y vigencia de la Constitución hasta la presente fecha, como para hacer un análisis serio para verificar un impacto positivo o negativo en la inversión extranjera directa, por otro lado si bien es verdad que el arbitraje como medio para solucionar conflictos es un punto de bastante peso dentro de la inversión extranjera, puesto que el inversionista extranjero toma bastante en cuenta una inversión con la posibilidad de llegar acuerdos fuera de las Cortes Nacionales, también es cierto que otros temas influyen trascendentalmente para ser tomados en cuenta por el inversor, p.e. seguridad jurídica y política, alianzas con otros Estados de manera bilateral o en bloque (UNASUR, CAN MERCOSUR), antecedentes de otros inversionistas, calificación del “riesgo país”, etc., consecuentemente la forma de visualizar al Ecuador como un posible recinto de inversión por parte del inversor foráneo no se limita al arbitraje, el cual sin dudas no le quitamos su valor, sin embargo cuando se trata de inversiones extranjeras directas se mide un todo, de donde el inversor obtendrá el “riesgo-beneficio” que implica invertir en el Ecuador, es así que nuestro país por medio de los que hoy nos gobiernan, tienen y deben cuidar y dirigir sus políticas económicas en distintos campos, asegurando más beneficios al inversor y vender una imagen seria de nuestro país. Existen varios escenarios en donde se puede trabajar para el fortalecimiento de la imagen del Ecuador, estas son, ferias internacionales de inversión, oficinas de negocios internacionales que tenemos situadas en varias partes del mundo, así también se deben hacer medidas prácticas como: leyes claras que se preservan en el espacio y el tiempo (seguridad jurídica), política de inversión extranjera con dirección clara.

Resulta menester dejar en claro que la inversión extranjera directa (IED) trae grandes beneficios a nuestro país mediante la generación de inversión, trabajo, impuestos a favor del Estado, etc, sin embargo nuestro Estado y los

gobernantes de turno están en la responsabilidad histórica de defender con patriotismo y dignidad nuestros intereses como país, mediante la negociación de contratos que representen el interés público y no el particular, exigiendo al inversionista responsabilidad social mediante el respeto a las políticas laborales instituidas en el Ecuador, responsabilidad fiscal mediante declaraciones tributarias apegadas a la verdad y no llenándose de perversos asesoramientos para perjudicar al Estado y sus ciudadanos; y algo que debe considerarse sumamente delicado es la responsabilidad **ambiental** que deben tener las corporaciones extranjeras, puesto que un impacto ambiental negativo para nuestro país afecta directamente a nuestros recursos naturales y la diversidad natural reconocida a nivel mundial, de lo contrario tendremos nuevos episodios como el caso Amazonía Ecuatoriana Vs. Texaco (CHEVRON) la cual es conocida que tiene una disputa legal de muchos años y con sucesos amañados que al fin causa incertidumbre conocer cuantos de esos millones de dólares terminaran en la limpieza y reparación ambiental causada por TEXACO y cuantos otros más terminarán en los bolsillos de abogados, dirigentes y astutos de última hora.

Es verdad que un principal inversionista en nuestro país son los Estados Unidos de Norte América, quienes son también un cliente importante para el Ecuador, puesto que gran parte de nuestras exportaciones son dirigidas al “País del Norte”, no cabe duda tampoco que las decisiones políticas-económicas tomadas han tenido impacto directamente con este importante socio – comercial, sin embargo es vital que el Ecuador mantenga firmeza y decisión con respecto a la defensa de sus intereses, bien cuando se encuentra en la negociación de los contratos, cuando controla y regula a las corporaciones extranjeras (facultad reguladora de un Estado) y sin duda en la defensa ante Centros Arbitrales extranjeros, sin importar nuestra calidad de actores o demandados.

La visión corporativa de los negocios internacionales se reduce a las ganancias que va a obtener una empresa y como se va asegurar para conseguirlas, lo

cual responde a los principios básicos de una empresa que nace para ganar y no perder, es decir el hombre de negocios piensa en números, con cierta información y asesoramiento indispensable como el que mencionado arriba (seguridad jurídica, políticas claras), pero su esencia es generar mayor riqueza (para sí mismo) mediante la explotación de recursos naturales de países que les abren sus puertas, entre los que se encuentran ciertos Estados latinoamericanos, africanos y asiáticos, de ahí que se hace indispensable que países como el nuestro tengan este tipo de políticas, hasta de alguna manera drásticas, que en ningún momento van en contra de un Estado en particular o sus inversionistas, pero si van en defensa de los recursos hídricos, mineros o petroleros, en general recursos sobre los cuales se hacen grandes contratos comerciales entre inversionistas extranjeros y Estado Ecuatoriano.

Con respecto a los inversionistas latinoamericanos que invierten en el Ecuador, Brasil, Argentina Chile, etc., en la actualidad, en caso de conflictos pueden someterlos a uno de los Centros de Arbitraje pertenecientes a sus Estados o Cortes de Justicia ordinaria, a decisión de éstos, lo cual genera una fortaleza en el arbitraje latinoamericano que lo necesita, además las inversiones y sus conflictos se quedan “casa adentro”.

Existirá sin duda inversionistas sin importar su nacionalidad (latinoamericanos, norteamericanos, europeos) sientan desconfianza o se encuentren molestos por la imposibilidad de solucionar sus controversias en Centros Norteamericanos o Europeos y concretamente en el CIADI, incluso mucha de la IED va a decaer, esto sin duda es parte de los perjuicios que tiene que afrontar el Ecuador al haber establecido sus nuevas políticas de arbitraje comercial internacional, puesto que los hombres de negocios van a sentir afectados sus intereses o que sus inversiones se encuentran en peligro, sin embargo y frente a esta realidad el Ecuador por medio de políticas claras y señales transparentes, está dejando conocer cual es su posición frente al futuro inversor, pero necesita trabajar más en la confianza que debe generar al inversionista; tiene que dar muestras claras de respeto a la ley, creando

seguridad, estabilidad jurídica y política, otorgando nuevas fuentes de atracción como incentivos fiscales y buscando nuevos mercados distintos a los tradicionales, tal como se ha venido haciendo con países de Asia , todo esto conjuntamente con una planificación en alianza con países latinoamericanos para fortalecer el Arbitramento en la Región en el mediano y largo plazo, causará que sean menor el impacto negativo de la disposición constitucional (Art. 422) frente a la inversión extranjera directa en el Ecuador.

CAPÍTULO IV.

IV. VALIDEZ EXTRATERRITORIAL DE LOS LAUDOS EXTRANJEROS.

Una vez que se ha sustanciado el proceso arbitral y concluye con el Laudo Arbitral que ha decidido sobre el conflicto entre dos o más partes, eventualmente se presentará la necesidad para que aquella parte o partes que se han beneficiado de éste, se ejecute lo mandado y en caso que dicho laudo tenga que surgir sus efectos en un lugar distinto del cual fue emanado, tendrá que pedir su reconocimiento ante tal Estado, para su posterior ejecución, entendiendo que la ejecución se hará en virtud de las Legislaciones Internacionales aplicables, más la legislación doméstica del país en donde se planea ejecutar el laudo arbitral.

Hay que entender de conformidad con las legislaciones de cada país, se establecerá la forma y el modo de cómo ha de ejecutarse el Laudo, así también la misma ley y los Tratados Internacionales suscritos por el país en donde se decide ejecutar el laudo, indican cuando y como opera la ejecución de estos laudos, también que requisitos deben reunirse para el reconocimiento y ejecutabilidad, tomando en cuenta las prohibiciones expresas para reconocer ciertos laudos extranjeros, que hacen algunas Convenciones Internacionales.

Para ejecutar un Laudo hay que observar dos cosas, la primera y fundamental es el origen del laudo (de que país viene) y la segunda, en donde se plantea ejecutarlo, de ahí que por ejemplo si se plantea ejecutar un Laudo emanado de la Cámara de Comercio de Quito en el Ecuador, se observarán las reglas que habla la Ley de Arbitraje y Mediación (Art. 32) y el Código de Procedimiento Civil; sin embargo un Laudo Arbitral proveniente del CIADI que pretende ejecutarse en el Ecuador, conlleva otras circunstancias para su reconocimiento y ejecución, por lo que hay que observar: a) El convenio arbitral; b) Los Tratados Internacionales aplicables (Convención de Nueva York 1958; Convención de Montevideo 1979; Convención de Panamá 1975); c) La Ley de Arbitraje y Mediación; d) El Código de Procedimiento Civil. Todo esto se hace con la

finalidad de establecer el reconocimiento de dicho laudo extranjero, si éste está inmerso o no en las prohibiciones de la legislación Nacional e Internacional y finalmente de ser el caso, ejecutarlo.

Existen dos universos totalmente distintos cuando se habla de laudos nacionales o extranjeros y cabe anotar que los requerimientos para el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero es mucho más complejo, ya que exige ciertos requisitos puntuales, que de no ser así acarrearían, su falta de reconocimiento y consecuentemente a su inejecutabilidad y por consiguiente indefensión para los usuarios del arbitraje internacional.

El Ecuador tiene amplia legislación para el reconocimiento y ejecución de laudos y sentencias extranjeras, es así que ha suscrito varios Instrumentos Internacionales conjuntamente con la comunidad internacional, además dentro de nuestra legislación doméstica se han visto plasmados principios para hacer efectivo el reconocimiento y ejecución de los Laudos Extranjeros. De ahí, no solamente es necesario haberse sometido a un Arbitro o Tribunal extranjero, también resulta necesario que tal sometimiento se encuentre encuadrado dentro del marco que han establecido los Estados y se encuentran regulados por Convenciones (caso del Ecuador) como las de Nueva York “Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales”, Convención Interamericana de Montevideo sobre la Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros” y la Convención de Panamá sobre “Arbitraje Comercial internacional”³¹. Todas éstas conjuntamente con la ley ecuatoriana han dispuesto el fondo y la forma para que los laudos arbitrajes extranjeros tengan validez dentro del Ecuador, condiciones que a continuación se detallan.

³¹ Convención de Nueva York para el Reconocimiento y Ejecución de Laudos Extranjeros, 1958.
Convención Interamericana de Montevideo, ciudad de Montevideo, República Oriental de Uruguay, el día ocho de mayo de mil novecientos setenta y nueve.
Convención de Panamá sobre “Arbitraje Comercial internacional PANAMA, República de Panamá, el día treinta de enero de mil novecientos setenta y cinco.

IV.I FORMALIDADES, TRADUCCIÓN Y LEGALIZACIÓN DE LAUDOS ARBITRALES.

Las distintas legislaciones internacionales están claramente de acuerdo en que deben, previo al reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero, concurrir ciertas requisitos de fondo y forma para que éstos sean válidos, así al hablar de la “forma” en las que estos laudos extranjeros deben reunir, la Convención de Nueva York sobre “Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales”, en su Art. 4 establece que para que sean reconocidos éstos laudos se requiere:

- 1.- El original debidamente autenticado de la sentencia (Laudo Arbitral) o una copia de ese original que reúna las condiciones para su autenticidad;
- 2.- El original del acuerdo al que se refiere el Art. II, o una copia que reúna las condiciones requeridas para su autenticidad. Finalmente la mencionada disposición legal dice *“ si esta sentencia o acuerdo no estuvieren en un idioma oficial del país en que se invoca la sentencia(laudo), la parte que pida el reconocimiento y la ejecución de ésta última deberá presentar una traducción a ese idioma de dichos documentos. La traducción deberá ser certificada por un traductor oficial o un traductor jurado, o por un agente diplomático o consular.”*

32

Así también lo contempla la “Convención Interamericana Sobre Eficacia, Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros” cuando el Art.2 establece que para que los laudos arbitrales tengan eficacia extraterritorial en los Estados partes deberán reunir entre otras cosas:

- 1.- Que vengán revestidas de las formalidades externas necesarias para que sean auténticas en el Estado donde proceden.

Dentro de este punto es menester hacer un pequeño análisis: Las formalidades necesarias externas que habla el punto antes dicho pueden ser consideradas en un Estado, como en otro no se les toma en cuenta, esto dependiendo del Estado de donde proceden dichos laudos, tal como manifiesta el mismo numeral, por lo que no en todos los casos serán las mismas formalidades,

³² Convención de Nueva York sobre “Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales”, Art. 4

puesto que en un Estado para que se considere auténtico un Laudo arbitral implicará ciertos requisitos más o menos dependiendo el caso, sin embargo y de forma general atendiendo a la legislación internacional que trata estos temas, para que se reconozca un laudo siempre se tendrá que acompañar el original de éste o una copia certificada, en algunos casos se extiende hasta la petición del convenio arbitral mediante el cual las partes se comprometieron a solucionar sus controversias mediante el Arbitraje, además que siempre estos documentos vengan traducidos por alguien acreditado, de ser el caso.

2.- Esta Convención (“Convención Interamericana Sobre Eficacia, Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros”) requiere como otras de sus formalidades se adjunten los documentos anexos que fueren necesarios, debidamente traducidos-.

3.- Que estos documentos (laudo, convenios arbitrales, anexos) se encuentren debidamente legalizados de acuerdo con la ley del Estado en donde deben surtir efecto.

4.- Los literales d), e), f) , g) y h) de este artículo se refieren más que a formalidades, a situaciones de fondo.

El Art. 3 de la misma convención establece en sus literales a), b) y c) algunas formalidades más que ya han sido tomadas en cuenta.

En conclusión dentro del campo de las formalidades que debe cumplir un laudo arbitral para que sea reconocido como válido y eficaz dentro del territorio ecuatoriano, se debe estar a lo dispuesto en las normas internacionales ya indicadas y concretamente se debe siempre adjuntar un original del laudo arbitral o una copia debidamente certificada, original o copia del Convenio Arbitral, los anexos que se consideren necesarios, y todo esto debe estar traducido (de ser el caso) por una persona que se encuentre acreditada para tal

función o mediante una oficina consular o diplomática. Estos documentos también deberán ser legalizados.

Es entonces necesario que una vez finalizado el arbitraje y con un laudo que pretende ser válido en el extranjero cumpla con ciertas formalidades que aunque resulten innecesarias la misma Ley de Arbitraje y Mediación se remite a éstas al manifestar en su Art. 42 cuando se establece textualmente:

“El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.” (las negrillas son mías)

Toda persona natural o jurídica, pública o privada, sin restricción alguna es libre de estipular directamente o mediante referencia a un reglamento de arbitraje, todo lo concerniente al procedimiento arbitral, incluyendo la constitución, la tramitación, el idioma, la legislación aplicable, la jurisdicción y la sede del tribunal, la cual podrá estar en el Ecuador o en país extranjero.”

Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y Leyes de la República.

Para que las diferentes entidades que conforman el sector público puedan someterse al arbitraje internacional se requerirá la autorización expresa de la máxima autoridad de la institución respectiva, previo el informe favorable del Procurador General del Estado, salvo que el arbitraje estuviere previsto en instrumentos internacionales vigentes.

Los laudos dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional, tendrán los mismos efectos y serán ejecutados de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional.”
(las negrilla y el subrayado son míos).³³

³³ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 42.

Esta norma concluye que la legislación ecuatoriana acepta expresamente los laudos arbitrales extranjeros, que éstos se ejecutan de la misma forma que los laudos dictados en un procedimiento de arbitraje nacional, pero también estos quedan regulados por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador, es decir que se seguirá lo que mandan estas disposiciones internacionales, en el presente caso las formalidades ya anotadas.

IV.II MARCO JURÍDICO SOBRE EFICACIA Y VALIDEZ DE LOS LAUDOS EXTRANJEROS

Una vez establecidas todas aquellas formalidades que debe observar un laudo arbitral para su correcto reconocimiento y ejecución en el Ecuador, y puntualizado todas y cada unas de las solemnidades no sustanciales para su reconocimiento, es necesario anotar las solemnidades sustanciales que deben de cumplir los laudos extranjeros para su reconocimiento y ejecución.

Ahora, corresponde analizar las solemnidades sustanciales, es decir aquellas de solemnidades de fondo, que de no ser tomadas en cuenta acarrearán la nulidad total del laudo, consecuentemente su falta de reconocimiento en el Ecuador y desde luego su inejecutabilidad.

Como primer paso nos remitiremos a la legislación ecuatoriana y a la reforma planteada en el tema relacionado con el arbitraje internacional (Art. 42 L.A.M.) al manifestarnos que los laudos arbitrales se encuentran regulados bajo los convenios, protocolos y demás instrumentos internacionales suscritos por el Ecuador.

El Art. 5 de la Convención de Nueva York sobre “Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales” en sus numerales 1, literales de la a) - e) y 2 a) y b); anuncian los casos en los cuales se puede denegar el reconocimiento y la ejecución por parte de los Estados partes de esta convención. Es así como se habla de:

a) *Incapacidad de las partes;*

b) *Falta de notificación de la parte contra quien se pretende ejecutar el laudo, de la designación del árbitro, del procedimiento de arbitraje o imposibilidad de hacer valer sus medios de defensa, por cualquier otra razón;*

c) *Que el Laudo se refiera a cuestiones no acordadas dentro del convenio arbitral, o que este laudo exceda los términos del acuerdo o compromiso arbitral, se deja a salvo para reconocer y ejecutar lo aquello sobre lo cual se acordó dentro del convenio o cláusula arbitral y consta en el Laudo;*

d) Falta de constitución del tribunal de acuerdo al convenio arbitral o incompatibilidad entre la ley y el procedimiento arbitral;

e) *Falta de ejecutoría del Laudo Arbitral o se encuentra suspendida o anulada por una autoridad competente en el país en donde fue emanado el laudo.*

Se negará también el reconocimiento y ejecución de una sentencia cuando:

a) *Según la ley en donde se pretende ejecutar el laudo arbitral, el objeto de la diferencia no es susceptible de solución vía arbitral;*

b) Que el reconocimiento o la ejecución de la sentencia sean contrarios al orden público del país en donde se planea ejecutar dicho laudo.³⁴

Sobre lo anterior hay que dejar en claro que la Convención de Nueva York anota puntos que son comunes a todo proceso judicial o administrativo, para detectar la inejecutabilidad de un laudo arbitral y por consiguiente anular su validez, principios tales como el derecho a la defensa, el derecho a no estar en indefensión, derecho de réplica, legitimidad de personería, capacidad, establecido en los literales a) y b) anteriormente mencionados.

³⁴ El Art. 5 de la Convención de Nueva York sobre "Reconocimiento y Ejecución de las Sentencias Arbitrales" numerales 1, literales de la a) - e) y 2 a) y b);

Cuando los árbitros por alguna razón han concedido más allá de lo solicitado o han resuelto sobre temas no acordados en la cláusula compromisoria o arbitral, entonces en este caso hablaremos que el “dar más allá de lo que se solicita”, el juzgador otorga o reconoce derechos ilegítimos, toda vez que nacen únicamente de la imaginación del arbitro, lo cual está fuera de cualquier actuación legal o equitativa.

En relación a que se otorguen o reconozcan derechos sobre asuntos no acordados en el convenio o cláusula arbitral, es también ilegal, toda vez que un árbitro no tiene competencia ni jurisdicción para conocer temas ajenos a lo que las partes acordaron en otorgarle.

Sobre el punto No. 2 del artículo que nos ocupa (Art. 5 de la Convención de Nueva York) dentro del literal a) se hace mención a que el objeto del arbitraje no es susceptible de solución mediante esta vía en el país en donde se plantea reconocer y ejecutar un Laudo, dentro del Ecuador está claro que si bien es cierto el Estado puede acudir a arbitraje, no es menos cierto que el Estado pueda hacerlo en todos los ámbitos en los que es parte, en otras palabras, el Ecuador podrá someter a arbitraje temas susceptibles de transacción, como relaciones comerciales o contractuales en las que se encuentre involucrado (situaciones de derecho privado Estado- particular), pero no podrá en ningún caso hacerlo en temas que conciernen directamente a la sociedad o que sean de derecho público puro, como temas tributarios, penales o en fin situaciones que en virtud de su naturaleza no sean susceptibles de transacción.

Finalmente dentro del literal b) de la misma norma legal internacional, que establece la falta de reconocimiento y ejecución de un laudo arbitral cuando **éste vaya contra el orden público del país en donde se le pretende ejecutar** nos encontramos en un caso complejo, toda vez que puede entrar esto en el campo de lo subjetivo, oponiéndose a la norma en su esencia objetiva. Esta norma no está de casualidad contemplada solamente en esta convención, puesto que se contempla en distintos Instrumentos Internacionales relacionados a este tema .

Es necesario en este punto analizar entonces que se entiende por Orden Público, de acuerdo con la Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, edición universitaria, "Voces del Derecho Civil", Tomo II, del Dr. Juan Larrea Holguín, el orden público es:

“Condiciones o circunstancias básicas de una sociedad para que se respeten en ella los derechos individuales y colectivos, se mantenga la paz y la seguridad. Calidad de algunas normas jurídicas que les confiere una superior jerarquía por garantizar los elementos más esenciales de la justicia, la paz y la seguridad. Se suelen considerar normas de orden público, las contenidas en la Constitución de la República, y otras más, que atañen a la estructura fundamental de la familia, propiedad y los derechos. El concepto de orden público pertenece propiamente al Derecho Político y Constitucional...”³⁵

Dentro del caso en estudio y de conformidad con la norma internacional que establece el no reconocimiento y la inejecutabilidad de un laudo extranjero arbitral cuando éste vaya en contra del orden público, compete al juez de donde se va a ejecutar el laudo, en nuestro caso al juez ecuatoriano, calificar el reconocimiento y la ejecución de un laudo en particular, como atentatorio o no al orden público ecuatoriano. Si bien de la definición arriba expuesta entenderíamos que un laudo arbitral debería atentar contra la paz y la seguridad, los derechos individuales y colectivos de las personas para que éste sea considerado como atentatorio al orden público, el juez civil quien es el competente para conocer este tipo de casos, deberá de manera razonable, fundamentada, motivada y bajo los principios de la sana crítica, establecer las razones por las cuales puede un laudo ser atentatorio contra el orden público. Cabe mencionar que de conformidad con la Constitución de la República, norma jerárquicamente superior a cualquier legislación doméstica o

³⁵ Dr. Juan Larrea Holguín, Enciclopedia Jurídica Ecuatoriana, edición universitaria, "Voces del Derecho Civil", Tomo II.

internacional, se establece que todas las resoluciones administrativas o judiciales de los poderes públicos deben ser motivadas y acordes a lo prescrito de manera integral en la Constitución, so pena de su ineficacia, es decir mediante las normas garantistas que contempla la Carta Magna, el juzgador no puede únicamente responder a sus convicciones o subjetividades (principal temor frente al principio de “atentar contra el orden publico”) o que su resolución sea el resultado de presiones, sino por el contrario el juzgador deberá actuar de manera objetiva, con un irrestricto cumplimiento a las disposiciones legales y constitucionales, puesto que de no hacerlo, no solamente se estaría vulnerando aquellos mandatos que la ley y la Constitución exigen, sino causaría graves perjuicios a derechos individuales y colectivos de la sociedad, que eso sí constituiría un verdadero atentado contra el orden público, puesto que no hay mayor ofensa a la paz y la seguridad de las personas, que aquella que comete un mal juzgador que pretende imponerse frente al imperio de la ley, en un Estado Social y Solidario de Derechos, como es el caso del Ecuador.

En conclusión, la legislación (suprema, nacional e internacional) está redactada de tal forma y concatenada una a otra, que otorga a las personas las opciones necesarias y suficientes para que de cualquier manera haga valer sus derechos, y el cumplimiento de la palabra entregada, sin importar que una de estas personas se enfrente al mismo Estado Ecuatoriano, puesto que es ahí donde radica la independencia de las distintas funciones del Estado y el deber de sus funcionarios, es decir cumplir y hacer cumplir la constitución y las leyes, lo cual dentro del caso en análisis, en principio no debería generarse ningún tipo de temor cuando la parte afectada insinúe que una sentencia que se pretende ejecutar en su contra atente contra el orden público, empero sin importar que el ejecutado sea el Estado Ecuatoriano.

Por lo tanto establecidas que han sido las causas de fondo para que un laudo extranjero no sea reconocido o inejecutable, corresponde entonces a cada parte desde el inicio del proceso arbitral, hasta su culminación, tener cautela en

sus actuaciones y evitar caer en entorpecimientos que tengan consecuencias peores, de no ser así y por el contrario ya reconocido como válido el laudo extranjero en el Ecuador, resta ejecutarlo tal como a continuación se explica.

IV. III PROCEDIMIENTO PARA EJECUTAR LAUDOS EXTRANJEROS EN EL ECUADOR.

Una vez reconocido el laudo arbitral extranjero, previo a la presentación de todas las formalidades y cuestiones de fondo, lo procedente es que se le ejecute, hay que tomar en cuenta ciertos principios y disposiciones legales.

“Los laudos Arbitrales dictados en el extranjero tienen la misma validez que los dictados dentro del Ecuador, y se sigue el mismo procedimiento establecido para la ejecución de éstos”, pues así lo establece el último inciso del Art. 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

De conformidad con el Art. 32 de la Ley de Arbitraje y Mediación compete a un juez civil conocer sobre la ejecución de los laudos arbitrales y a las partes dar inmediato cumplimiento a lo dispuesto por éstos, siendo para esto necesario la sola presentación de la copia certificada del laudo arbitral. Cabe manifestar que dentro del mismo artículo en mención se señala la calidad que tienen los laudos arbitrales, estos es de sentencia ejecutoriada de última instancia, por lo que le compete al juez que conoce de la causa ejecutar el laudo, rechazando de plano cualquier excepción o incidente que demore el libre desenvolvimiento de la causa, por lo que el juez que conoce sobre la ejecución del laudo, le compete únicamente hacer efectiva la resolución ya dictada.

“Art. 32.- Ejecutoriado el laudo las partes deberán cumplirlo de inmediato. Cualquiera de las partes podrá pedir a los jueces ordinarios, que ordenen la ejecución del laudo o de las transacciones celebradas, presentando una copia certificada del laudo o acta transaccional, otorgada por el secretario del tribunal, el director del centro o del árbitro o árbitros, respectivamente con la

razón de estar ejecutoriada. Los laudos arbitrales tienen efecto de sentencia ejecutoriada y de cosa juzgada y se ejecutarán del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio, sin que el Juez de la ejecución acepte excepción alguna, salvo las que se originen con posterioridad a la expedición del laudo.”³⁵

Por cuanto los casos que se ventilan dentro del arbitraje por mandato de la ley son de ejecución para los jueces, conlleva a que éstos, sobre un derecho ya reconocido y declarado (constante en el laudo), emitan todas las medidas y providencias necesarias para la ejecución de ese derecho, es decir si el laudo manda a pagar una cantidad de dinero, el juzgador deberá a solicitud de la parte interesada, dictar el correspondiente Auto de Pago, así como las medidas cautelares contempladas en el Código de Procedimiento Civil, (embargo, secuestro, retención) con la finalidad de que se de verdadero cumplimiento a lo dispuesto.

Consiguientemente reconocido y en fase de ejecución que se encuentre el laudo el juzgador en ningún caso podrá detenerse nuevamente a calificar si el laudo internacional es válido o no, puesto que dentro de esta etapa ya es cosa juzgada, de última instancia y por consiguiente se ejecutan de la misma manera en que las sentencias, es decir siguiendo las medidas de apremio.

La Ley de Arbitraje y Mediación indica cuales son las características de un laudo arbitral, es decir, ejecutoriado, inapelable, tiene calidad de cosa juzgada, y con la finalidad de que lo emanado por los árbitros no quede en letra muerta la ley ya ha establecido cuales son las formas para que se ejecute estos laudos, así como dispone las prohibiciones de incidentes dentro de la ejecución de un laudo, y obliga a los jueces a rechazarlas de plano, por lo que con estos antecedentes un juez está en la obligación

³⁵ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 32

legal de dar paso a la ejecución de un laudo, tal como se lo hace una sentencia y siguiendo el trámite que manda el Código de Procedimiento Civil.

Para mayor abundancia la jurisprudencia recoge:

“Esta Sala ha emitido criterio respecto a que la impugnación de un laudo arbitral no es un asunto de conocimiento, en atención a lo prescrito en el Art. 32 de la Ley de Mediación y Arbitraje. El arbitraje es un mecanismo de solución de conflictos de jurisdicción privada por terceras personas, que no tienen la calidad e investidura de los jueces de la jurisdicción común, por no ser designados por el poder público, sustrayéndolos de la jurisdicción común, previo sometimiento voluntario de las partes en tal decisión, y cuya existencia impide a la Función Judicial conocer de las cuestiones litigiosas sometidas al arbitraje. Así la disposición del Art. 31 de la Ley de Mediación y Arbitraje estatuye la inapelabilidad del laudo arbitral, por lo que la decisión arbitral se torna irrevocable, y podrá obtenerse su ejecución forzada del mismo modo que las sentencias de última instancia, siguiendo la vía de apremio.”³⁶

Finalmente un laudo es susceptible de un recurso de nulidad, esto es en virtud del Art. 31 de la Ley de Arbitraje y Mediación,

- a) No se haya citado legalmente con la demanda y el juicio se ha seguido y terminado en rebeldía. Será preciso que la falta de citación haya impedido que el demandado deduzca sus excepciones o haga valer sus derechos y, además, que el demandado reclame por tal omisión al tiempo de intervenir en la controversia; o,
- b) No se haya notificado a una de las partes con las providencias del tribunal y este hecho impida o limite el derecho de defensa de la parte; o,

³⁶ Gaceta Judicial. Año CII. Serie XVII. No. 7. Página 1909(Quito, 10 de octubre de 2001

- c) Cuando no se hubiere convocado, no se hubiere notificado la convocatoria, o luego de convocada no se hubiere practicado las pruebas, a pesar de la existencia de hechos que deban justificarse; o,
- d) El laudo se refiera a cuestiones no sometidas al arbitraje o conceda más allá de lo reclamado. Este recurso se interpondrá ante el tribunal que conoció la causa y éste, a su vez, sin pronunciarse sobre la procedencia o improcedencia del mismo, remitirá el proceso al Presidente de la Corte Superior del Distrito del lugar del arbitraje para que conozca el recurso, dentro del término de tres días después de interpuesto.

El Presidente de la Corte Superior, de ser el caso, dispondrá el sorteo para que sea conocida la causa por una de las salas de la respectiva Corte Superior.

Quien interponga el recurso de nulidad, podrá solicitar a los árbitros que se suspenda la ejecución del laudo, rindiendo caución suficiente sobre los perjuicios estimados que la demora en la ejecución del laudo pueda causar a la otra parte.

Los árbitros, en el término de tres días, deberán fijar el monto de la caución, disponiendo la suspensión de la ejecución del laudo.

La caución deberá constituirse dentro del término de tres días, contados a partir de esta notificación.

El recurso de nulidad podrá interponerse dentro del término de diez días contados desde la fecha de la notificación del laudo.”³⁷

Hay que entender que la finalidad medular este recurso está dirigido a precautelar las solemnidades sustanciales comunes a todos los procesos, inclusive arbitrales, toda vez que el derecho a la defensa, legítima contradicción

³⁷ Ley de Arbitraje y Mediación, Art. 31, Recurso de nulidad de Laudos.

o debido proceso, son derechos Constitucionales de toda persona, que no pueden dejar de ser garantizados por el Estado, aún cuando se ventilen en juicios de derecho privado y de jurisdicción voluntaria.

Cabe manifestar que el recurso de nulidad de un laudo, se sustancia dentro de la esfera de la justicia ordinaria (Sala de la Corte Provincial correspondiente), por lo que cuando se presenta este recurso, el tribunal arbitral que emanó una resolución (laudo), deja de conocer el caso concreto y no tiene facultad de decidir la procedencia o no procedencia del recurso interpuesto.

Finalmente hay que hacer una aclaración al siguiente respecto, por regla general, este recurso de nulidad no suspende la ejecución del mismo, a menos que se caucione en la forma y en los términos que indica la norma legal arriba transcrita, en consecuencia no se entiende que el laudo sea nulo, hasta que exista una sentencia de última instancia que lo declare, por lo que la ejecución es inminente.

Hay que hacer énfasis en que el recurso de nulidad de un laudo, no es una instancia superior que puede confirmar o desechar lo dispuesto por los árbitros, sino la esencia de éste (recurso de nulidad) es determinar en que momento procesal de produjo una nulidad (causales de nulidad Art. 31 L.A.M.) y declararlo desde tal momento, con la finalidad de que las cosas vuelvan a su estado anterior y se enderece lo mal actuado.

CAPÍTULO V LEGISLACIÓN COMPARADA.

Hablar de derecho comparado es ir mucho más allá de comparar legislaciones, puesto que el derecho va más allá de la norma positiva, éste encierra también principios fundamentales de el buen actuar y de comportamiento en la sociedad, que no necesariamente se encuentran escritos o positivizados, el derecho es también todos los estudios que hacen los euroditos creando doctrina y corrientes, hace todos los casos sobre un tema en concreto (jurisprudencia) y por que no la costumbre, la cual debe siempre estar apegada a la ley, en otras palabras el derecho no es simplemente ese conjunto de normas positivas que regulan a los seres humanos, éste no se limita a los libros y letras, es un conjunto más grande.

Entonces hablar de derecho comparado es ir mucho más allá que detenerse a la simple comparación de legislaciones sobre un tema en específico, es estudiar en general su sistema, su historia, punto de referencia, técnica, ideología, etc. es ahí entonces que han existido varios conceptos que se le ha dado al derecho comparado, así como también por cada concepto ha existido una crítica, unas en el sentido que no se le debe considerar al derecho como ciencia, otras en referencia que no se le debe considerar como disciplina, en fin una concepto para entenderlo esta cerca a lo que sigue: *Derecho comparado es la disciplina que se dedica a la comparación, confrontación y estudio de los distintos derechos vigentes y no vigentes que existen.*

Dentro de este capítulo se procura comparar un sistema jurídico extranjero, con la nuestra (ecuatoriana), se aclara esto, por la falta de precisión en la que inconcientemente se podría caer, sin embargo se pretende especificar las legislaciones en temas arbitrales de los Estados con nuestra Ley de Arbitraje y Mediación.

Hay que entender la distinta normatividad en tema de arbitraje comercial internacional en Estados Unidos y Colombia, así como entender su concepción y aplicación.

VI.I COLOMBIA

El derecho Colombiano nace de la raíz de la mayor parte de los sistemas jurídicos latinoamericanos, puesto que todos se desprenden del Derecho Romano y específicamente el francés. Es así que Napoleón reunió a un notable grupo de juristas que fueron los principales redactores del Código Civil (21 de marzo de 1804), el cual se iba completando a medida que se concretaban y aprobaban sus distintos títulos. Este monumento jurídico que mutó sus nombres de Código Civil francés a Código de Napoleón por algunas ocasiones, debido a la caída del emperador, terminó llamándose Código de Napoleón, justamente con la finalidad de distinguir del hoy Código Civil francés, el cual sin duda estuvo inspirado en el Código del “Emperador” con ciertas modificaciones hechas. ³⁸

Definitivamente este Código (de Napoleón) tuvo gran influencia en varios Estados independientes y colonias, las cuales conservaron este cuerpo de leyes con las modificaciones necesarias. En lo que respecta al continente Americano y con esto el país en estudio, alimentaron su derecho por las ideas libertarias de los políticos y filósofos franceses, es de ahí que juristas como Andrés Bello, Véles Sparsfield, Freitas elaboran sus proyectos de Código Civil, teniendo como modelo el Código de Napoleón (1804), es decir dando con esto nacimiento al Derecho Civil primogénito a partir de la influencia doctrinaria, política y jurídica de Francia, esto desde luego con reformas a cada Estado con la finalidad de encajar en la realidad de cada uno de éstos. ³⁹

³⁸ *Fernández de Córdova, Pedro*, Estudios de *Derecho Comparado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2da. Edición, Quito, 2001.

³⁹ *Fernández de Córdova, Pedro*, Estudios de *Derecho Comparado*, Corporación de. Estudios y Publicaciones, 2da. Edición, Quito, 2001.

En lo que respecta al tema de arbitraje comercial Colombia se rige de manera especial bajo la Ley 446 de 1998 la cual redefinió algunas materias referentes a los procesos de arbitraje en Colombia, y el Decreto 1818 de 1998 el cual reglamenta Ley.

Las disposiciones colombianas en materia de arbitraje siguen las mismas concepciones universales, es decir se le toma al arbitraje como un mecanismo alternativo de solución de conflictos, los cuales deberán de ser susceptibles de transacción y los resuelven una o más personas llamadas árbitros, quienes son ajenos a la justicia ordinaria colombiana.

En relación a los Instrumentos Internacionales suscritos por Colombia en materia arbitral, tienen una amplia legislación internacional, de tal forma que en lo que compete al ámbito del arbitraje internacional, Colombia forma parte de convenciones y tratados internacionales que permiten ceder jurisdicción soberana a Centros Arbitrales Internacionales, así como también son suscriptores de convenciones que permiten reconocer y dar cumplimiento a lo resuelto por Centros Extranjeros de Arbitraje.

Colombia forma parte de la Convención de Washington, creador del Centro de Resolución de Controversias Relativas a Inversiones, CIADI, (14 de agosto de 1997)³⁹, de las Convenciones de Nueva York, Panamá, Montevideo, todas éstas que permiten y acuerdan el exequátur de los laudos arbitrales extranjeros, *reconocimiento y ejecución de los laudos y sentencias extranjeras*.

40

En conclusión la República de Colombia cuenta con una legislación arbitral internacional amplia, toda vez que a nivel doméstico poseen disposiciones

³⁹<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20193455~menuPK:418789~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>

40

<http://web.worldbank.org/WBSITE/EXTERNAL/BANCOMUNDIAL/QUIENESSOMOS/0,,contentMDK:20193455~menuPK:418789~pagePK:64057863~piPK:242674~theSitePK:263702,00.html>

normativas que, en primer lugar reconocen al arbitraje como un medio alternativo de solución de conflictos, y más allá existe también el reconocimiento del arbitraje comercial internacional. En lo que respecta a legislación internacional en tema de arbitraje comercial internacional, el país en análisis, es suscriptor de Instrumentos Internacionales que facilitan el arbitraje comercial internacional y el reconocimiento y ejecución de laudos arbitrales.

A diferencia del Ecuador, Colombia no tiene ninguna limitación en cuanto al lugar del Centro Arbitral en donde se puede desarrollar el arbitraje, particular que el Ecuador ha puesto límites (Art. 422 Constitución de la República), siendo otra sustancial diferencia, la vigencia del Estado Colombiano del Convenio internacional, por medio del cual puede someterse a arbitraje ante el Centro de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones CIADI, mientras que nuestro país lo denunció este año. Sin duda, cuando los inversionistas extranjeros toman decisiones de donde invertir sus capitales, éste último particular, tiene peso.

V.II. ESTADOS UNIDOS

Para entrar en estudio y comparación respecto de la Legislación Estadounidense, frente a la Ecuatoriana, relacionado a temas de arbitramento comercial, primero hay que mencionar y resaltar brevemente como se comprende, estructura y maneja el derecho en los Estados Unidos de Norte América.

En un relato hecho por el Dr. Pedro Fernández de Córdova, en su libro Estudios de Derecho Comparado, 2da. Edición, páginas 97 en adelante, nos narra las características del derecho estadounidense.

“Nace de las familias occidentales del derecho, su estrecha relación con el Reino Unido (colonia) hace que de manera directa hayan heredado en gran parte su sistema del derecho, es así que cuando se habla de

derecho Inglés o todas las colonias a las que influenciaron, incluido los EEUU, se denominará Common Law.”⁴¹

Continúa, explicando que existen cuatro formas para entender el término Common Law.

El primero de estos lo relaciona con la costumbre, a la cual le considera como la fuente primigenia dentro de este sistema, de tal manera que la define como *“la ley que nadie ha promulgado, pero que es conocida y practicada por todos los miembros de la comunidad en la que impera.”* Así también menciona que la expresión Common Law sirve para distinguir al derecho Inglés, que se presentaba como no escrito, *“frente a aquel que, sobretodo en el continente, venía siendo consignado, desde tiempos remotos, a través de la escritura.”* Continúa mencionando que *“...con el nombre common law, los ingleses, al tiempo que hacían la distinción anotada (diferenciarlo del derecho civil) denominaban a toda clase de derechos vigentes, además del civil.”* Finalmente concluye sosteniendo que *“el término Common Law, se viene siendo utilizado por los británicos, especialmente por parte de los juristas y, más aún, por los comparatistas, para llamar con él, a la Familia misma, difundida por el orbe entero, merced de la influencia dejada en todos los territorios conquistados y que hoy, aunque independizados, integran la Commonwealth....”*⁴²

Por lo antes indicado entonces se entiende que el derecho Estadounidense es una influencia directa dejada por los ingleses. Las fuentes del derecho Estadounidense por tanto son la “case law” o ley del caso, es decir los fallos existidos en un caso concreto cuya reiteración hace precisamente la jurisprudencia; la “**Statute Law**” o la ley parlamentaria o escrita, la cual sin duda nace de la función legislativa de un Estado; tercero está la Common Law

⁴¹ Fernández de Córdova, Pedro, Estudios de *Derecho Comparado*, Corporación de Estudios y Publicaciones, 2da. Edición, Quito, 2001, pags. 97 en adelante.

⁴² Ibidem.

o **costumbre** la cual es un acto o un hecho que se hace por un tiempo determinado en un lugar determinado y que no contradice a la ley escrita; finalmente como últimas de las fuentes está la Reason o **razón**, o lo que inteligencia humana.

Los Estados Unidos de Norte América cuyo derecho es Federal, a decir del Dr. Fernández de Córdova "...se halla adscrito al de esta Familia (Common Law), aunque ostenta caracteres propios que le hacen aparecer como un Sistema aparte, dentro de ella..."⁴³ En consecuencia se observa cual es el la raíz de la que nace este derecho norteamericano, que como se dejó anotado es federal, es decir existen leyes pertenecientes a cada Estado y que se circunscriben sólo a dicho Estado, pero también existen leyes a n

ivel "macro" o federales las cuales son de estricta aplicación y cumplimiento en todo el territorio de la Unión.

Finalmente, una de las fuentes del derecho Estadounidense son las leyes escritas, "Acts" las cuales regulan como en cualquier otra parte del mundo, especialmente Occidental, el actuar de los seres humanos en un tema determinado.

En el tema del arbitraje comercial es Estados Unidos el que ha implantado las políticas de las soluciones alternativas de conflictos a nivel mundial, siendo por tal este país el promulgador y el impulsador de arbitraje, dentro de su propia esfera doméstica y como política de Estado, conmina a todos los países con los que hace comercio internacional a que tengan políticas de arbitraje comercial, previo entrar en negociación.

Con respecto al Ecuador la sociedad norteamericana, en la que se incluye los grandes inversionistas, tienen una mentalidad definida cuanto al arbitraje comercial, es decir siempre que se invierta, tiene que existir esa posibilidad. A

⁴³ Ibidem

diferencia de nuestro País, Estados Unidos tiene un dominio, experiencia, jurisprudencia, costumbre y estudio en el tema, es un País en donde se domina y se aplica a diario este tema y existe por parte de las empresas norteamericanas y el Estado en sí, gran influencia hacia los Centros de Arbitraje Mundial.

CAPITULO VI
CONCLUSIONES Y RECOMENDACIONES.
CONCLUSIONES

Al concluir con este estudio que se ha concentrado en el Arbitraje Comercial Internacional y la incidencia de éste frente al Estado ecuatoriano y las nuevas perspectivas que se han implantado desde la vigencia de la Constitución 2008, cabe la consideración de las siguientes conclusiones:

1. El arbitraje es un método alternativo para la solución de conflictos, existen varios tipos de arbitraje, entre los que se encuentran el arbitraje independiente, administrado, en equidad, en derecho, nacional, internacional.

2. El Ecuador es un país en dentro del cual se ha desarrollado con plenitud el arbitraje, tiene sus inicios a través de las soluciones limítrofes y se practicaba a nivel Estados, sin embargo fue abriéndose campo en distintos temas como el comercial, de ahí que las primeras legislaciones arbitrales ecuatorianas se encontraron en el Código de Procedimiento Civil, y otras normas eminentemente privadas, que posteriormente fueron derogadas por la entrada en vigencia de la Ley de Arbitraje y mediación, en su disposición de “derogatorias.”

3. El arbitraje comercial en el Ecuador está a manos de los grupos agremiados, estos son: las Cámaras de Comercio, Producción, Construcción etc. Cada Centro de Arbitraje se ciñe a lo dispuesto en la Ley de Arbitraje y Mediación, así también a los reglamentos internos de cada Centro. Cuando las partes en conflicto acuden con su controversia a uno de estos Centros, están automáticamente sometiéndose al

imperio de la ley especial en el tema (L.A.M.), así como las disposiciones reglamentarias de cada Centro y las cláusulas arbitrales.

4. Nuestra Ley arbitral establece la posibilidad de que exista arbitraje internacional y que el Estado Ecuatoriano forme parte de una contienda arbitral internacional, siempre que se esté a los parámetros dispuestos en el Art. 42 de la L.A.M, las cuales son condiciones para que pueda efectuarse el arbitraje internacional y desde luego las sujeciones legales para que el Estado Ecuatoriano pueda someterse a arbitraje.

5. El Ecuador en años anteriores, ha tenido una política comercial arbitral abierta frente a la suscripción de varios Instrumentos Internacionales de promoción y garantía de inversiones, así también a Tratados Bilaterales de Inversión, los cuales han hecho de base jurídica para el arbitraje comercial internacional con participación del Estado. Las normas internacionales comunes suscritas por varios estados son La Convención de Washington, creadora del CIADI, la Convención de Nueva York, Panamá, Montevideo, etc.

En la actualidad muchos son los millones de dólares que se demandan al Ecuador por parte de multinacionales, siempre existen ejemplos emblemáticos en este tema se puede resaltar los casos: Occidental, REPSOL YPF, Machala Power, EMELEC Vs. Estado Ecuatoriano, todos estos sustanciados en un mismo Centro Internacional de Arbitraje CIADI, de tal suerte que dicho Centro abarca el 80% de las demandas de arbitraje internacional comercial planteadas en contra del Estado ecuatoriano, sumando todas ellas el destino de más de diez mil millones de dólares americanos.

Los inversionistas extranjeros ven con buenos ojos que sus inversiones se encuentren en Estados en donde están vigentes normativas garantistas de arbitraje, normativas a nivel internacional de solución de conflictos, (Convenio de Washington, Convención de Nueva York, Tratados Bilaterales de Inversión) lo cual se puede considerar legítimo, puesto que resultaría, por decir lo menos, ilógico que multinacionales que tienen dentro de sus propósitos fundamentales el capital y los medios para generar y proteger a éste, no busquen terrenos en donde sus inversiones se vean seguras y garantizadas.

En el caso Ecuatoriano, mediante políticas que llegan directamente del poder Ejecutivo, el cual es el encargado de la política internacional del Ecuador en temas económicos, políticos, comerciales, estratégicos, se ha venido dando cambios radicales, varios han sido los actos que le han cambiado el timón del Ecuador en tema arbitral, de tal forma que en la actualidad son distintas las formas en que se maneja el país, los actos y las omisiones responden a planes muy bien organizados, es decir la ideología política del poder ejecutivo es coherente con las practicas a nivel internacional, causando de esta manera radicales cambios. La denuncia a algunos los Convenios Internacionales (CIADI) es un ejemplo de esto, el cambio importante en tema de arbitramento, se encuentra en las disposiciones constantes en la Constitución, la cual limita sustancialmente al arbitraje comercial internacional cuando el Estado pretende ser parte de éste.

Debido a varias normas de carácter nacional e internacional el arbitraje tiene características peculiares que lo hacen efectivo y sencillo de plantear, inclusive muchas veces sus aspectos especiales tal como resoluciones inapelables, de última instancia, permite que estas resoluciones tengan, de alguna manera, una superioridad frente a resoluciones de la justicia ordinaria. La Convención de Nueva York y Panamá (reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros), permite que los procesos arbitrales sometidos en el extranjero sean perfectamente reconocidos y ejecutables en el Ecuador, de tal suerte que dichas resoluciones foráneas (Ludo extranjero) tienen el mismo valor que las

nacionales y se las ejecutan mediante las vías de apremio, es decir tal como a una sentencia nacional, dictada por un organismo de justicia ordinaria.

Resulta imperioso atender cuando el Estado ecuatoriano por medio de sus Instituciones, ha decidido tomar la vía del arbitraje comercial internacional, bien por medio de un tratado internacional, bien por un contrato suscrito constante en una cláusula compromisoria o cualquier manera legal que demuestre la voluntad del Estado Ecuatoriano de someter sus controversias hasta arbitraje, siempre que se cumplan los preceptos legales que se mandan para estos casos.

Después de sustanciado el proceso arbitral, vendrá el LAUDO, consecuentemente el reconocimiento y ejecución del mismo, teniendo para este proceso las suficientes bases legales como para cristalizarse, lo cual no lo convierte en letra muerta o disposiciones inertes. Se puede afirmar que un LAUDO extranjero, por sus características otorgadas por la misma ley, es inclusive más coercitivo que una sentencia que emite la justicia ordinaria, ya que éstas últimas son susceptibles de apelación, podrían ser susceptibles del recurso extraordinario de casación, y si se demostrase la violación de algún derecho constitucional o consagrado en las Convenciones de Derechos Humanos, podría ser susceptible inclusive del recurso extraordinario de protección. Corresponde entonces entender la majestuosidad que la ley le otorga a los laudos nacionales o internacionales, para ser inmunes a todos estos recursos legales y constitucionales, que muchas veces para las partes o una de ellas, se puede convertir en un viacrucis legal.

La Constitución del Ecuador en su Art. 422 de manera directa y expresa, prohíbe que el Ecuador suscriba Tratados Internacionales en los que ceda jurisdicción soberana a centros arbitrales extranjeros, en conflictos comerciales o contractuales. Se exceptúa aquellos Centros de Latino América y órganos jurisdiccionales latinoamericanos. En otras palabras, el Ecuador se sale de la lista de los países que suscriben Tratados Bilaterales de Inversión; y, desde la

vigencia de la Constitución, todo conflicto que se genere ya no podrá ser resuelto en tribunales europeos o norteamericanos o cualquier otro lugar distinto al latinoamericano, siendo esta disposición discriminatoria, toda vez que se distingue a los Centros Arbitrales, en razón de su origen.

El arbitraje en Latinoamérica es lo que le queda restante al Ecuador de arbitraje internacional, todos los países que comprenden Latino - América pueden ser sedes en donde el Estado ecuatoriano pueda someter sus conflictos, bien a uno Centro de Arbitraje o ante un órgano jurisdiccional de los Estados de la región. Hacia esta decisión muchos inversionistas extranjeros, no verán con agrado las limitaciones Constitucionales al arbitraje internacional, menos aún estarán dispuestos a someterse a Centros latinoamericanos o las Cortes de Justicia Nacional, lo cual va a generar que mucha de la IED puedan alejarse hacia otros lados.

Si bien es cierto que es inconveniente excluirnos únicamente a Centros Arbitrales extranjeros, no es menos cierto que el arbitraje latinoamericano tiene grandes y sólidas bases. Sus inicios son únicamente al arbitraje ente Estados y temas puntuales como el límite territorial o marítimo, a lo antes dicho en contraposición, existe también grandes estudios, conferencias y seminarios dados por los Estados latinoamericanos, en donde se ha construido para dar cuerpo al arbitraje comercial, sin embargo le corresponde a cada país de la Región y más aquellos que han apostado en el arbitraje latinoamericano, hacer grandes esfuerzos por permitir que el arbitraje comercial en América Latina crezca, puesto que las Instituciones y Organismos existentes en la actualidad de arbitraje, ya tienen un número considerable de casos, así como se llevan un porcentaje digno de todos los casos de arbitraje en el mundo. Es necesario, para bien de nuestro país, de los negocios internacionales y de la Inversión Extranjera directa en el Ecuador, que este arbitraje crezca de manera significativa.

Un tema controversial es aquel referido a que nuestro país no puede ser entreguista, y menos aún dependiente de las “recetas internacionales”, esto último, con la finalidad de nuestro País sea visto, para ciertos inversionistas, como “un ejemplo a seguir” en Latinoamérica. El Ecuador ha atraído nuevos socios comerciales para la inversión, ha hecho comercio con varios Estados que normalmente eran lejos de ser nuestros socios tradicionales, en donde sin alejarse de nuestros inversionistas típicos, ha logrado el acercamiento de distintos Estados amigos.

Dentro de América Latina y particularmente los países con los cuales competimos por atraer inversión, el Ecuador tiene una desventaja en tema arbitraje comercial internacional, ora porque muchos de los inversionistas no ven con agrado someterse a arbitraje a nivel **únicamente** en Latinoamérica, ora por las denuncias al Instrumento Internacional creador del CIADI, y las demostraciones que el Ecuador está asumiendo nuevas políticas de comercio internacional de tendencia nacionalista, que causan desencanto en los que invierten. Llegará el momento de poner en la balanza las decisiones tomadas, frente a las repercusiones que potencialmente podrán existir, puesto que si bien el inversionista extranjero es quien trae trabajo, producción, liquidez a la economía de países pequeños, como el nuestro, también hay que pesar el argumento de que aquellos inversionistas que no tienen preocupaciones sociales, ambientales, fiscales, los cuales causan daños en distintos aspectos de nuestro país y su economía, de ahí es necesario la mano reguladora, controladora, sancionadora del Estado.

Es necesario que, en el caso de conflictos de Inversionistas Extranjeros versus el Estado Ecuatoriano, exista la posibilidad de arbitramento, sin la necesidad de que el arbitraje se desarrolle exclusivamente en Centros de Arbitraje, que a opinión de los que nos gobiernan, responden a los intereses de los capitales extranjeros.

Existirán muchos inversionistas extranjeros, de buena fe, que no inviertan en el Ecuador debido a las nuevas políticas Constitucionales, es decir el Ecuador en

si perderá inversión extranjera directa, así también competitividad frente a nuestros países vecinos, lo cual también se verá reflejado en el ciudadano común, esto por la falta de empleo, recaudación de tributos, iliquidez de la economía, etc., lo cual constituye un error que hay que saberlo corregir y recompensarlo oportunamente, de ahí que no basta solamente con crear políticas jurídica y económicas que pueden cerrar las puertas a la inversión extranjera, sino le corresponde también a los encargados compensar al Inversionista, para que por un lado le incentive a venir al Ecuador con sus capitales frescos y por otro le otorgue la seguridad que éstos buscan. Las políticas fiscales flexibles, repatriación de las inversiones sin altos costos de por medio (impuesto a la salidas de divisas), seguridad jurídica, trato justo, igualitario y respetuoso, respeto irrestricto a los Convenios Internacionales (pacta sunt servanda) y leyes ecuatorianas, son actos positivos y negativos que nuestro País por medio de nuestros gobernantes, pueden adoptar con la finalidad de crear confianza y permitirle que el Ecuador sea considerado como un país serio, sin importar la posición ideológica, y la ley sea la que impera.

Finalmente y concluyendo es verdad que el Ecuador se encuentra en procesos de cambio, puesto que el pueblo ecuatoriano así lo decidió mediante distintos pronunciamientos a los plebiscitos hechos, conciente o no de todas las implicaciones jurídicas, sociales y políticas que conlleva transformar la vida jurídica de nuestro país, de ahí que se pronunció afirmativamente sobre un texto constitucional que fue acogido sin beneficio de inventario, y que por lo anotado dentro de este análisis, sí conlleva prohibiciones, dentro del tema estudiado. El asunto constitucional con respecto al arbitraje internacional cuando el Estado Ecuatoriano es parte (Art.422) es claro y no exige interpretación alguna, aún cuando ya existe una sentencia interpretativa emanada por la Corte Constitucional sobre el último inciso del mencionado artículo, más allá de aquello, es una realidad que el estado Ecuatoriano no puede, por una prohibición constitucional vigente, suscribir instrumentos internacionales en los que someta a nuestro país en calidad de parte ante centros arbitrales extranjeros, exceptuándose los que se encuentran en

Latinoamérica. Las consecuencias será que se vean afectados los Tratados bilaterales de Inversión, los cuales en la mayoría de los casos contemplan la solución alternativa de conflictos en Centros Arbitrales ya pre establecidos, aquellos tratados de comercio y todo aquel instrumento relativo a arbitraje internacional.

Existe la posibilidad, de una caída en las inversiones extranjeras directas en el Ecuador y que esto afecte la dura economía en la que se encuentra el Ecuador y el mundo, sin embargo será el tiempo el que mejor indique las consecuencias, efectos negativos y positivos que causará esta política jurídica – económica, frente al comercio internacional.

Es menester dejar anotado, que el arbitraje latinoamericano tiene muchos años practicándose y desarrollándose, existen hoy por hoy centros internacionales de arbitraje comercial latinoamericanos, varios estudios y estudiosos latinoamericanos, y sobre todo el compromiso de continuar con el robustecimiento del arbitraje latinoamericano. Resulta consecuentemente imperioso, que países que ven en el arbitraje comercial latinoamericano un futuro para la región, comiencen a profundizar el tema con encuentros académicos, llevando el tema a la palestra de foros internacionales de la OEA, CAN, MERCOSUR, UNASUR, CARICOM y que dentro de este marco internacional, se produzca la creación de instituciones regionales de Arbitraje o se refuerce a las existentes. Lo anterior será la única posibilidad para que se vaya fortaleciendo en arbitraje comercial latinoamericano, capaz de competir con las grandes potencias mundiales del Arbitraje Comercial, no será sino el trabajo mancomunado de Estadistas latinoamericanos, estudiosos, académicos, la voluntad y habilidad de nuestros cancilleres, embajadores y encargados de negocios, y el ciudadano latinoamericano en general, quienes le otorguen al Arbitraje Comercial Internacional Latinoamericano la relevancia y el respeto internacional e institucional que debe de tener, puesto que cada actor constituye un pilar fundamental para sostener en el tiempo el reto de creerse capaces de solucionar problemas relativos a inversiones comerciales

mundiales, al Ecuador específicamente, no debe, ni puede quedarse solamente en los enunciados, puesto que para hacer efectivo el principio de unidad latinoamericana, no basta simplemente con pregonarlo en la Constitución y la Ley, el correcto actuar significa trabajar activamente mediante todas las formas existentes (foros, discusiones, estudios) para cristalizar los principios declarados y en mancomunidad con Estados latinoamericanos y sus Organismos Internacionales, formar el prestigio del arbitraje internacional Latinoamericano y convencer a los inversionistas extranjeros, que sus inversiones en Centros de Arbitraje Latinoamericanos se encuentran salvaguardadas. Es de gran importancia también dejar sentado que si el Ecuador se queda en principios y no actúa activamente como le corresponde, al ser un Estado que innovó su política de arbitramento, se verá sometido al aislamiento profundo, ya que pocos serán los inversionistas que busquen invertir y menos aun serán los que deseen que sus inversiones se solucionen en Latinoamérica.

RECOMENDACIONES

Al finalizar este estudio, después de la historia, antecedentes, normativa, casos concretos y en fin todo cuanto se desprende de este trabajo, es menester realizar ciertas recomendaciones con la finalidad de aportar a la actual realidad del Arbitraje Comercial Internacional, en el marco jurídico constitucional ecuatoriano.

Es fundamental para el gobierno (poder ejecutivo) que establezca una visión técnica de cuáles serán sus actuaciones a mediano y largo plazo con respecto a los nuevos socios comerciales que tiene el Ecuador (Rusia, China, Irán), ya que de seguro muchos de ellos y los inversionista extranjeros tradicionales (Estados Unidos, Brasil) pensarán dos veces en hacer inversiones en un Estado en donde sus conflictos se resuelven casa adentro (Cortes de Justicia Nacional) o en Latinoamérica, consecuentemente al Ecuador le corresponde tener una política preventiva, es decir evitar desde el lado del Estado todo

abuso, sobre-control o sobre regulación Estatal que normalmente está a cargo de mandos medios del Ejecutivo, librándose de pasiones o ideologías, sino centrándose en la toma de decisiones técnicas, que respondan a salvaguardar los intereses ecuatorianos de la inversión, pero con un profundo respeto al capital extranjero y a todos los principios jurídicos como la no confiscación, expropiación, trato nacional, etc.

El inversionista extranjero tendrá que venir al Ecuador, previo a una negociación consensuada, con reglas que regirán la inversión, otorgando tanto al Ecuador como al inversionista, seguridad jurídica, y desde un comienzo regulaciones transparentes, con sanciones pre establecidas y proporcionales, entonces es de responsabilidad de cada parte que sus actos se encuadren a evitar conflictos.

Al ser el arbitraje en Latinoamérica la única opción de Arbitraje Comercial Internacional para el Ecuador entonces tiene que empezar a trabajar en hacerle al arbitraje comercial Latinoamericano, solvente para los conflictos que traigan las inversiones extranjeras en el Ecuador y en toda la región en general, en consecuencia el robustecer las Instituciones de Arbitraje, incentivar internacionalmente el arbitraje en Latinoamérica, crear Conferencias y Seminarios Internacionales, serán de gran ayuda para este propósito.

ROBOSTECIMIENTO DE LAS INSTITUCIONES: Dentro de la Región existen instituciones que se dedican al arbitraje comercial, sin embargo en la actualidad no gozan de la fuerza o influencia que tienen instituciones similares como la del Banco Mundial (CIADI) o las de las Cámaras de Comercio Internacional, en consecuencia los países latinoamericanos deben darle a nuestras instituciones en primer lugar confianza, esto requiere que sean los mismos países de la región los que empiecen a acudir a los Centro de Resolución Latinoamericanos y sometan ahí sus conflictos.

Siempre será de mucha ayuda que en el marco de una reunión Interamericana, Latinoamericana, en donde se encuentren presentes todos los países de la región, se discuta este tema, no solamente con el propósito de que quede plasmado en el Acta de la Reunión, “las buenas intenciones de los Estados en robustecer el Arbitraje Comercial”, sino se establezcan agendas, planes estratégicos y todo cuanto tecnicismo se requiera para la cristalización de estas metas. El Ecuador tiene que tomar la bandera de ser emisor y promotor del proyecto del Arbitraje Latinoamericano y que su voz haga eco en la esfera Latinoamericana, puesto que primero, casa adentro se deberá discutir y elaborar cuanto proyecto sea necesario para consolidar las instituciones latinoamericanas de arbitraje, y no será sino después de tener la visión clara, llevarlo ante la palestra latinoamericana.

El Ecuador se debe de llenar de gente con un alto conocimiento en el tema, elaborar proyectos-iniciativas de convenciones internacionales, las que deberán propugnar el principio del arbitramento latinoamericano, es así que capacitándose y llenándose de las ideas necesarias, se podrán transmitir a nuestros países similares.

INICIATIVA DE ARBITRAJE COMERCIAL LATINOAMERICANO A NIVEL INTERNACIONAL: Al ser este un proyecto que puede ser acogido o no por los distintos Estados, es necesario que se empiece a crear una cultura ecuatoriana de arbitramento primero casa adentro, para irle implementando hacia los Estados Latinoamericanos. Es necesario crear en el pensamiento de los inversionistas la credibilidad, confianza y seguridad del arbitraje ecuatoriano, consecuentemente una vez más el Ecuador conjuntamente con aquellos Estados latinoamericanos que apoyan el proyecto, deben de empezar exportando la idea del arbitramento en sus países, los cual se puede dar en el marco de los distintos eventos internacionales como ferias de comercio, Conferencias de la OMC, ONU, así como también trabajar a nivel de diplomacia con la finalidad de establecer en el marco de la comunidad internacional la nueva alternativa del arbitramento latinoamericano.

CONFERENCIAS Y SEMINARIOS INTERNACIONALES: La capacitación de nuestros ciudadanos, estudiantes y profesionales es necesario y favorable. El Ecuador debe ser sede de eventos de carácter académicos, como: conferencias, simposios, seminarios internacionales, los cuales se conviertan en el escenario propicio para que grandes estudiosos del tema compartan su conocimiento con la gente interesada en este apasionante tópico. Si bien es verdad el arbitraje latinoamericano está en crecimiento, de ahí que necesita apoyo por parte de organismos públicos y privados, también es cierto que dentro del Ecuador se debe de socializar más el arbitraje comercial, de tal forma que sea el ciudadano común quien entienda las formas en que opera este sistema, como le beneficia en su vida diaria y las razones por las que debe optar por el sistema de arbitramento. En el plano internacional es necesario que nuestro país se convierta en el recinto de capacitación de toda la Latinoamérica, que el Estado Ecuatoriano por medio de sus instituciones como la Procuraduría General del Estado, El Ministerio de Relaciones Exteriores, Comercio e Integración, y varias Instituciones Estatales y privadas con experiencia en arbitraje, dicten conferencias y cursos de capacitación de carácter netamente académico, con la finalidad de que el tema del arbitraje comercial en Latinoamérica se haga algo común dentro de la esfera estudiosa, se vaya haciendo apetecible en el tiempo y se empiecen a desarrollar doctrinas y corrientes de pensamiento de arbitraje comercial Latinoamericano. En este ámbito las Universidades ecuatorianas y Latinoamericanas juegan un papel fundamental, las Facultades Universitarias de Derecho, de Comercio Internacional y todas aquellas a las que les atañe, deberán dar énfasis en sus planes de estudios a esta materia, o bien podrían tener especializaciones a nivel de títulos de cuarto nivel, que permitan acreditar verdaderos profesionales en arbitraje comercial latinoamericano, de tal forma que teniendo profesionales especialistas de alto nivel en Arbitraje Comercial Internacional Latinoamericano de intachable conducta, se vaya creando el ejército de personas e instituciones capaces de conducir a esferas mundiales la doctrina del arbitramento latinoamericano.

CREACION DE INSTITUCIONES REGIONALES Y SUB REGIONALES: En la actualidad existe el Centro Interamericano de Arbitraje Comercial, el cual todavía no puede competir con los centros de arbitraje internacional que se han constituido como referentes mundiales, siendo uno de los más renombrado el CIADI, es hora entonces que el Ecuador se convierta en sede de un nuevo Centro Internacional de Arbitraje Comercial, el cual si bien debe tener el apoyo Estatal (financiero, técnico, estratégico, logístico) también deberá de ser un ente apartado e independiente de la regulación, sometimiento, obediencia Estatal, puesto que el hacerlo significaría el fracaso de éste. En la actualidad se ha venido discutiendo la creación y el desarrollo de la Unión de las Naciones del Sur (UNASUR), es fundamental para el Estado Ecuatoriano proponer la creación de una institución de Arbitraje Comercial Internacional de la UNASUR, con el respaldo de todas estas naciones, de tal forma que al aprovechar la buena nombradía de países como Chile, Brasil en el contexto de los negocios internacionales, se transmita a los inversionistas extranjeros norteamericanos o europeos, la seriedad del arbitraje comercial latinoamericano y la alternativa confiable para el salvaguardo de sus inversiones.

Nuestro país se encuentra en una realidad que de momento es irreversible en tema de arbitraje comercial internacional con participación del Estado, cambiarla constituye reformas constitucionales, que no son factibles de momento, de tal forma que el trabajo duro que tienen que hacer nuestros dirigentes ecuatorianos, esta encaminado a ocuparse por un arbitraje comercial Latinoamericano fuerte, lo cual implica involucrar al resto de países Latinoamericanos a esta misma idea y concepción de desarrollar este tema, para lo cual el Ecuador tiene que trabajar muy duro a nivel de diplomacia y sistemas latinoamericanos de integración, capaces de ir creando Instituciones y eventos internacionales que den luz verde al robustecimiento del arbitraje en Latinoamérica, para después empezar a prescindir de centros internacionales Norteamericanos y Europeos.

Es recomendable también pensar en la fusión de la empresa privada y pública, existen varios sujetos involucrados en las inversiones internacionales, está el inversor y su capital privado que puede estar compuesto por varios sujetos más (Bancos, grupos comerciales, corporaciones internacionales) y por el otro está el Estado Ecuatoriano y la representación de todo un país, de tal forma que debe existir también una suerte de reconciliación entre el Ecuador y los inversionistas privados internacionales, de ahí que el unir fuerzas para la creación de Instituciones en donde los inversionistas sientan amparadas sus inversiones es legítimo, por lo que crear instituciones de arbitraje comercial con representación del Estado, los inversionistas extranjeros y terceros neutrales, contribuirá la credibilidad y confianza que estos Centros necesitan.

Finalmente, la idea fundamental es sacar ventaja, de aquello que hoy parece crítico, si la opción restante es Arbitraje Internacional Comercial en Centros o Cortes Latinoamericanas, pues hay que buscar los medios para hacerlo satisfactorio para el Estado y las inversiones extranjeras. Resulta importantísimo que como ciudadanos y partes interesadas en el tema, exijamos que los líderes políticos actúen de manera técnica y científica, sin apasionamientos de por medio, su actuar también tiene que ser oportuno, eficaz y transparente, sin quedarse en el discurso o el pensamiento retórico, sino en actuaciones y demostraciones claras, capaces de que se vean resultados a mediano plazo, y más importante funcionen para que no seamos un ente excluido de las practicas y comercio mundial. La meta entonces está hacia el arbitramento Latinoamericano como una nueva corriente y doctrina mundial con principios, bases, normativa, bondades y fortalezas, fiable para los países de primer mundo que invierten en el Ecuador y en Latinoamérica, es decir, si el Ecuador apostó por el arbitraje comercial internacional en Latinoamérica, entonces le concierne actuar con consecuencia, al tomar medidas efectivas y encaminadas a consolidar el arbitraje en los países de la región.