



FACULTAD DE DERECHO Y CIENCIAS SOCIALES

EL ARBITRAJE INTERNACIONAL A LA LUZ DE LA ALIANZAS PÚBLICO-
PRIVADAS

Trabajo de Titulación presentado en conformidad con los requisitos
establecidos para optar por el título de Abogado de los Tribunales y Juzgados
de la República

Profesor Guía

Ab. José Gabriel Terán Naranjo

Autor

María Gracia Riofrio Molina

Año

2016

DECLARACIÓN DEL PROFESOR GUÍA

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

José Gabriel Terán Naranjo
Abogado
C.C. 0502272792

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.”

María Gracia Riofrio Molina

C.C. 1722370127

AGRADECIMIENTOS

A mis profesores y compañeros, quienes además de haber ayudado en mi formación académica, contribuyeron a mi crecimiento personal.

Agradezco de manera especial al abogado José Gabriel Terán por compartir conmigo sus conocimientos y su alto nivel de profesionalismo.

DEDICATORIA

A mis padres, quienes con amor supieron enseñarme que el esfuerzo y el sacrificio van de la mano con los sueños. A ustedes les debo todo lo que soy.

A mi hermana, cómplice en todas mis aventuras y apoyo incondicional en los momentos difíciles.

A mis amigos, por el aliento y el cariño incondicional.

Por todos los momentos en los que entendieron mi sacrificio, les dedico con todo mi cariño este trabajo.

RESUMEN

El Estado ecuatoriano ha incursionado en el fenómeno mundial de la cooperación entre los sectores público y privado para el desarrollo de proyectos destinados al mejoramiento de la prestación de ciertos servicios públicos. Esta nueva aproximación, ha modificado algunas de las concepciones previas en materia de contratación pública por lo que es necesaria la evaluación de ciertos preceptos constitucionales que no responden a la corriente actual.

El presente ensayo, aborda la problemática derivada del establecimiento de incentivos para inversores privados en materia de resolución de conflictos. Se analizará concretamente del caso de los contratos de Asociación Público-Privada y la aplicación del arbitraje internacional en esta modalidad de Contratación Pública. Para esto, se considerará la doctrina, la normativa constitucional en materia arbitral y, los dictámenes de la Corte Constitucional.

ABSTRACT

The Ecuadorian government has ventured within the worldwide phenomenon of cooperation between public and private sectors for the development of projects regarding some public services. This new perspective has radically changed the ideas regarding public procurement and demands reconsideration of certain constitutional principles that do not respond to the current position taken by the Ecuadorian government.

This paper addresses the issue between the establishment of incentives for private investors in matter of dispute resolution and the defense of State sovereignty. We will approach these issues from the perspective of Public-Private Partnerships and the implementation of international arbitration in this mode Procurement. In order to do this, we will take into consideration doctrine, constitutional legislation in arbitration matters and jurisprudence of the Constitutional Court.

ÍNDICE

INTRODUCCIÓN	1
1.CAPÍTULO I. El contrato de Asociación Público-Privada .	3
1.1. Antecedentes.....	3
1.2. Concepto	4
1.3. Características	6
1.3.1. Complejidad.....	6
1.3.2. Negociabilidad.....	7
1.3.3. Flexibilidad.....	7
1.3.4. Repartición de riesgo	7
1.4. Modalidades.....	8
1.5. Ventajas y desventajas.....	9
1.6. Tratamiento legislativo en el Ecuador	12
2.CAPÍTULO II. El arbitraje internacional	16
2.1. Introducción al arbitraje	16
2.2. Arbitraje internacional.....	17
2.3. Arbitraje de inversión	18
2.4. Arbitraje Comercial.....	21
2.5. Regulación en el Ecuador.....	22
2.6. La sede arbitral	23
3.CAPÍTULO III. El cambio normativo del arbitraje internacional y su alcance en las APP	26
3.1. El arbitraje internacional en la Constitución del 2008.....	26
3.2. Análisis del articulado Constitucional referente al arbitraje internacional	27
3.3. La postura de la Corte Constitucional.....	29
3.4. La LOIAPP y la solución de controversias	31
CONCLUSIONES	33
REFERENCIAS.....	35

INTRODUCCIÓN

Desde la antigüedad, el Derecho ha evolucionado para satisfacer las complejas necesidades de los seres humanos, entre sí, y con su entorno. En la actualidad, las condiciones económicas y políticas de los países demandan dinamismo y adaptaciones del derecho. La contratación pública no es una excepción a este fenómeno, por lo que los Estados se han visto obligados a explorar formas relativamente nuevas de contratación.

En este sentido, coincidiendo con Javier Robalino (2010, p. 98), consideramos que las Alianzas Público-Privadas (en adelante APP) han renovado algunas concepciones arcaicas de la contratación pública. La participación del sector privado es una opción atractiva para el desarrollo de proyectos encaminados a proveer bienes, servicios e infraestructura para la población.

No obstante, esta forma de contratación exige flexibilidad y cambios en las acepciones políticas que se han venido manteniendo en países como el Ecuador. En este punto, no es suficiente abrir las puertas a la inversión privada, sino también brindar garantías, más allá de las económicas, que hagan atractiva la participación privada.

El arbitraje, es una herramienta que puede brindar seguridad al inversionista nacional o extranjero. A pesar de esto, como se explicará más adelante, en los últimos años, el Ecuador ha mantenido una postura antagónica frente al arbitraje internacional en sedes ubicadas fuera de la Región. Dicha postura, que ha sido materializada en normas constitucionales, se ha radicalizado a partir de algunos casos en los que el Ecuador ha sido condenado a pagar indemnizaciones multimillonarias a transnacionales.

De acuerdo a las estadísticas, en el período 2007-2010 el índice de inversión extranjera directa decreció en un treinta y dos por ciento, en relación a años anteriores; marcando una diferencia significativa con el índice de inversión que perciben países vecinos como Perú y Colombia (Cámara de Industrias de Guayaquil, 2011, p. 10).

En este ensayo se analizará la figura de la APP en el marco del arbitraje internacional, haciendo énfasis en lo dispuesto por la normativa constitucional sobre este mecanismo de solución de controversias en lo referente a la posibilidad de pactar arbitrajes en sedes ubicadas fuera de la Región Sudamericana respetando la norma constitucional, pero al mismo tiempo incentivando la inversión privada.

Para esto, seguiremos el siguiente esquema: en primer lugar se desarrollará el concepto, las características y ventajas de las APP. Posteriormente, hablaremos brevemente del arbitraje internacional y, la importancia de la sede arbitral. A continuación analizaremos la disposición constitucional del artículo 422 y su alcance en el caso particular de las APP, partiendo del cambio del paradigma que se evidenció en la normativa ecuatoriana. Finalmente, se presentarán las conclusiones del ensayo.

1. CAPÍTULO I. El contrato de Asociación Público-Privada

1.1. Antecedentes

El contrato de APP o *Public-Private Partnership* por su traducción en inglés, es una figura contractual que data de los años noventa (Ahmad y Mangahas, 2013, p. 1); sin embargo, la doctrina no ha logrado definir con claridad el año específico en el que surgió esta figura contractual.

Algunos autores mencionan que esta corriente surgió en la década de los ochenta, durante las administraciones de Ronald Reagan y Margaret Thatcher (Ahmad y Mangahas, 2013, p. 4). Ambos personajes recordados por su postura respecto de la privatización como la mejor alternativa para la prestación de servicios públicos.

Otros afirman que la figura apareció en Gran Bretaña en el año 1992, durante el gobierno de John Major, quien acudió al financiamiento privado para desarrollar proyectos de modernización de infraestructura pública (Custos y Reitz, 2010, p.557; García, 2006, p.8).

No obstante, los doctrinarios coinciden en que el lugar de origen es Gran Bretaña, donde surgieron bajo el nombre de Iniciativa de Financiamiento Privada o *Private Finance Initiative*. A partir de ese momento, el apoyo a esta figura fue creciendo en toda Europa, al mostrarse como una forma eficaz de realización y planificación de proyectos de desarrollo para la comunidad.

En Latinoamérica, el proceso fue mucho más lento. Según Robalino (2010, p. 98), en la década de los noventa la región estaba orientada hacia la privatización de los servicios públicos y de algunas entidades estatales. Después, la corriente latinoamericana dio un giro hacia a las concesiones. El autor distingue las dos figuras, al decir que: “la privatización entendida como la transferencia de un activo del sector público al privado no es lo mismo que la concesión, pues en esta última solo se autoriza la realización de una actividad del Estado por parte del privado (Robalino, 2010, p. 99).”

En el Ecuador, en el año 1992, durante el gobierno del presidente Sixto Durán-Ballén, las figuras de privatización y concesión fueron añadidas al ordenamiento jurídico ecuatoriano a través de cuerpos normativos tales como la Ley de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios por la Iniciativa Privada (en adelante Ley de Modernización del Estado) publicada en el Registro Oficial (en adelante RO) número 349 de 31 de diciembre de 1993, la Ley Especial de Telecomunicaciones publicada en el RO número 996 de 10 de agosto de 1992, Ley del Régimen del Sector Eléctrico publicada en el RO número 43 de 10 de octubre de 1996, entre otras.

A partir de este momento, se buscaría la participación del sector privado en proyectos que generalmente estaban reservados para la administración pública. Pero el enfoque de los noventa no buscaba equidad en la relación entre el sector público y el privado; por el contrario, delegaba todas las responsabilidades y riesgos de la prestación de servicios al sector privado, a cambio de la totalidad de los réditos generados por las tarifas cobradas al usuario. Todo esto mientras que la administración mantenía un rol meramente fiscalizador.

Esta corriente mundial de participación del sector privado en proyectos y prestación de servicios públicos, busca no sólo aminorar la carga presupuestaria del Estado, como menciona Vianna Maino (2010, p. 11), sino también mejorar la calidad y eficiencia de los servicios públicos.

1.2. Concepto

El cambio de los noventa, requería de una herramienta jurídica que permitiera consolidar esta nueva etapa de acercamiento entre el sector público y privado. Ese era, en un primer plano el significado de una APP, sin embargo con el pasar del tiempo se desarrollaron diferentes definiciones sobre esta figura.

De acuerdo al Banco Mundial, las APP son:

[...] un acuerdo entre el sector público y el sector privado en el que parte de los servicios o labores que son responsabilidad del sector público es suministrada por el sector privado bajo un claro acuerdo de objetivos

compartidos para el abastecimiento del servicio público o de la infraestructura pública. (Banco Mundial, 2012)

Otra definición es la presentada por los tratadistas Ahmad y Mangahas (2013, p. 4) quienes definen a las APP como un mecanismo para incrementar la participación del sector privado en la prestación de servicios públicos.

Por otro lado, el inglés Edward Yescombe (2011, p.3) ha definido a esta figura como un contrato a largo plazo en el que participan gestores del sector público y del sector privado, cuya finalidad es la intervención del gestor privado en proyectos de infraestructura y en los que el pago se realiza una vez que entre en funcionamiento el proyecto. Adicionalmente, establece que el dominio del proyecto siempre permanecerá o será devuelto a la Administración Pública.

Mientras tanto, Horacio Rodríguez y Nahuel Oddone (s. f., p. 3) simplemente la consideran una asociación basada en el reparto equitativo de riesgos, beneficios y recursos entre el sector público y el privado que comparten intereses y objetivos comunes.

En cambio, Dominique Custos y John Reitz (2010, p. 558) proveen un enfoque más general sobre las APP al sostener que este término es usado para referirse a varias formas de colaboración entre el sector público y privado, que se plasman a través de contratos.

Robalino (2010, p. 102), también ha provisto una aproximación conceptual de las APP, mencionando que es una asociación de capitales que comparten un interés común, en la cual tanto el público como el privado hacen algún aporte para la consecución del fin.

Del análisis de la doctrina se desprende que, las APP son contratos mediante los cuales se plasma la convergencia de los intereses del sector público y privado. Sectores que realizan aportaciones no sólo de capital, sino también en experticia y conocimientos técnicos. Todo esto, con el fin de llegar a un objetivo común; a través de una relación de paridad entre las partes reflejada en la forma de repartir riesgos y beneficios del contrato.

La doctrina ha determinado ciertas finalidades universales que se presentan en las APP sin importar su estructuración. Por ejemplo, para los autores Vázquez y Oddone (s. f., p. 160) una de las finalidades universales de las APP es fortalecer las relaciones entre los sectores público y privado para elevar la calidad de los servicios públicos. Mientras que, para Maino (2010, p. 35) la principal finalidad de estos contratos será viabilizar proyectos a través de la repartición de riesgos y beneficios entre los contratantes.

Por otro lado, el Banco Mundial (2012) ha resaltado otras finalidades que de manera general persiguen las APP, entre estas se encuentran: activar la economía local a través del desarrollo de proyectos con gestores privados locales; aprovechar la innovación y avance tecnológico del sector privado local o extranjero; ejercitar la capacidad del sector privado para el desarrollo de proyectos a nivel macro y consecuentemente mejorar la competitividad del país en relación a sus pares extranjeros.

Por consiguiente, podemos concluir que la principal finalidad de las APP es aprovechar las fortalezas de ambos sectores para transformarlas en oportunidades de desarrollo conjunto y beneficios mutuos, que en el caso de la entidad pública se traducen en beneficios para la comunidad.

1.3. Características

Las APP, son figuras contractuales de características particulares. Para poder diferenciarlas de otras figuras contractuales en las que interviene la Administración Pública, es necesario identificar ciertos elementos esenciales. A continuación presentaremos algunos de los más representativos.

1.3.1. Complejidad

González (2006, p. 12) menciona que las relaciones jurídicas generadas con este contrato superan, en complejidad, a las relaciones entre administración y administrado. Esto se debe a la dinámica de la relación contractual, ya que la Administración Pública no mantiene un papel protagónico en el desarrollo de proyectos.

Vianna Maino (2010, p. 93) hace referencia a este mismo tópico y manifiesta que el nuevo rol del Estado es precautelar los derechos del inversor privado, al mismo tiempo que supervisar el cumplimiento de las obligaciones adquiridas en el contrato para la provisión del servicio público.

1.3.2. Negociabilidad

El alcance de la negociabilidad de las APP es un elemento clave para diferenciarlas de otras figuras de contratación pública. A menudo, los contratos realizados entre la Administración y el sector privado están regidos por límites firmes impuestos por la ley en cuanto a los alcances de la negociabilidad del contrato.

Esta característica se traduce en el pacto de términos y condiciones contractuales, en los que se consideren los intereses públicos y privados de manera equitativa, manteniendo un balance entre estos durante la repartición de derechos y obligaciones; al contrario de otros tipos de Contratación Pública, en los que por lo general es el privado el que asume todos los riesgos y responsabilidades contractuales.

1.3.3. Flexibilidad

Para González (2006, p. 21) la flexibilidad es crucial en el contrato de APP. Como bien expresa el autor, no existe una receta perfecta para una APP, por lo que es necesario que esta pueda moverse con cierto grado de libertad dentro del marco jurídico establecido en la ley.

Por otro lado, un sector de la doctrina plantea que la flexibilidad normativa es una característica con la que se debe tener especial precaución. La flexibilidad debe manejarse como un mecanismo de atracción para el sector privado, y al mismo como una herramienta de control para que los intereses privados no se sobrepongan al interés público (Ahmad y Mangahas, 2013, p. 5; Alexander, 2012, p. 9).

1.3.4. Repartición de riesgo

La característica esencial de las APP, es la repartición del riesgo: por un lado, para el sector público el riesgo se centrará en la eficacia y eficiencia de la

provisión del servicio público; mientras que para el sector privado, el riesgo se referirá al retorno de la inversión. En tal virtud, la repartición del riesgo es un tema crucial para el correcto desenvolvimiento de ésta figura contractual.

Al respecto, Maino (2010, p. 67) indica que la distribución del riesgo responde a las capacidades de las partes. Sin embargo, reconoce obligaciones que sólo podrán ser asumidas por el Estado, debido a que representarían para el privado una carga insostenible. Según esta autora, el riesgo del proyecto deberá ser repartido de tal forma que permita al privado recuperar su inversión y al Estado la correcta y oportuna prestación del servicio a los usuarios.

En conclusión se puede decir que, las APP tienen características esenciales que las diferencian de otras figuras de contratación pública. Además, se debe recalcar que la doctrina ha reconocido el derecho del gestor privado de lucrar de la APP, sin que ello signifique un perjuicio para el Estado o los usuarios. Adicionalmente, se constata que el marco normativo juega un papel trascendental en el balance del contrato. Debiendo ser una herramienta que propicie las condiciones adecuadas para una buena relación contractual.

1.4. Modalidades

La doctrina ha establecido un número considerable de tipos de APP de acuerdo con la finalidad que persiga el proyecto; no obstante, mencionaremos solamente algunas de ellas.

1. *Buil- Operate- Transfer* (BOT).- En esta modalidad, el gestor privado es el encargado de la construcción y operación del proyecto. Una vez que se encuentre finalizado, el privado aprovechará la rentabilidad hasta llegar al punto de retorno de la inversión, momento en el cual se transferirá el usufructo y operación al gestor público (Ahmad y Mangahas, 2013, p. 4, 2013; Maino, 2010, p. 35; Robalino Orellana, 2010, p. 104).
2. Llave en mano.- En este contrato, el privado asume el riesgo de construcción, operación y manejo de un proyecto infraestructural. No

obstante, la doctrina señala que a menudo el privado renuncia al control del proyecto en fases donde el riesgo incrementa sustancialmente (Maino, 2010, p. 39; Robalino Orellana, 2010, p. 103). Esta figura podría llegar a confundirse con la contratación integral por precio contemplada en el artículo 53 de la LOSNCP, sin embargo existe una diferencia conceptual entre estas dos figuras, respecto del alcance del riesgo asumido por el privado. En la contratación integral por precio fijo, el riesgo del privado se extiende solamente hasta la puesta en marcha del proyecto; mientras que en el contrato llave en mano, el privado asume el riesgo incluso de la operación y manejo del proyecto.

3. Operación y Mantenimiento.- En este caso particular el representante del sector público contrata al gestor privado para que se encargue de proveer y/o mantener la provisión de un servicio público (Ahmad y Mangahas, 2013, p. 4; Maino, 2010, p. 39; Robalino Orellana, 2010, p. 104).

1.5. Ventajas y desventajas

Mucho se ha discutido doctrinariamente sobre las ventajas y desventajas que conlleva un contrato de APP. Empezaremos por analizar sus ventajas para después contraponerlas con las desventajas.

Para González (2006, p. 21) una de las grandes ventajas de este contrato es que no existe un modelo exacto a seguir. El mismo autor (2006, p. 21) menciona que una regulación rígida del contrato, entorpecería el cumplimiento de la finalidad del mismo. Por lo tanto, la adaptabilidad que ofrece este tipo de contratos es una de las principales ventajas; dicha adaptabilidad es resultado de la flexibilidad característica del contrato.

Por otro lado, Robalino (2010, p. 102) ha dicho que las principales ventajas de esta figura contractual tienen que ver con el fortalecimiento de las relaciones de los sectores público y privado a través de la conjunción de sus intereses y la cooperación. De esta manera los sectores público y privado desarrollan una

relación de profunda colaboración que a la larga será mucho más beneficiosa para ambas partes.

La reducción de costos es otra ventaja; como expone González (2006, p. 10), al encargar al particular privado la planificación o diseño del proyecto, se abaratan algunos de los costos más elevados. Con la participación del particular en las etapas más costosas del proyecto, se podrá disminuir el coste.

Lo anterior también representa un beneficio fiscal, debido a que menos dinero público será destinado a estas etapas, y podrá mejorar el presupuesto para la puesta en marcha de los proyectos; sin mencionar la posibilidad de diversificación del uso de los recursos públicos. Algunos autores mencionan que a través de la participación del gestor privado, el presupuesto estatal para proyectos se incrementa, debido a la reducción de costos de desarrollo (Maino, 2010, p. 179). En definitiva, esto se traduce en una mejora de la calidad del servicio al poder destinarse más recursos.

En cuanto a las desventajas podemos clasificarlas en dos categorías, las referentes a la estructura del contrato y las referentes a elementos independientes del contrato. Dentro de la primera categoría, se puede afirmar que la mala repartición del riesgo es una de las más importantes; como se ha venido mencionando, el riesgo debe repartirse equilibradamente, tomando en cuenta las capacidades de cada una de las partes.

En palabras de Vianna Maino “Si todos los riesgos fueran asumidos por el privado, todos los beneficios, precios, tarifas y subsidios de los servicios serían mayores, con considerables desventajas para el propio Estado y para los usuarios” (Maino, 2010, p. 68).

Lo anterior representa una desventaja para la Administración y para los usuarios debido a que, si se eleva el riesgo del privado, éste exigirá mayor réditos económicos. Dichos beneficios deberán ser cubiertos por los beneficiarios al elevarse la tarifa del servicio o por la Administración en caso de tener que subsidiar el coste del servicio para disminuir el impacto económico hacia la población.

En cuanto a las desventajas de la segunda categoría, un sector de la doctrina ha reconocido que un gran desafío que afrontan las APP está vinculado con la falta de seguridad jurídica entendida esta como el cambio imprevisto del marco normativo, representa la mayor desventaja para el privado.

Hemos recalcado en algunas ocasiones, que el ordenamiento jurídico en el que deben regirse las APP es determinante para el éxito o fracaso de los proyectos. Una regulación rígida será contraproducente para alcanzar la prestación de servicios; mientras que una regulación demasiado flexible es perjudicial para la Administración Pública en términos de control y supervisión del manejo de recursos públicos.

El cambio constante o imprevisto del ordenamiento jurídico puede perjudicar seriamente el desarrollo de APP ya que representa un riesgo poco previsible para el inversionista (Ahmad y Mangahas, 2013, p. 13; Jamali, 2004, p. 421; Maino, 2010, p. 100; Robalino Orellana, 2010, p. 103; Vázquez y Oddone, s. f., p. 166; Yescombe, 2011, p. 247). La seguridad jurídica se encuentra vinculada con el riesgo político que tiene el contrato, especialmente si se tiene en consideración el constante cambio normativo de algunos países, que podría llegar a afectar al desarrollo de las APP.

Para Nancy Alexander (2012, p. 10), el riesgo político y jurídico al que nos referimos puede ser mitigado incluyendo “cláusulas estabilizadoras del contrato” en las que se esclarecería el panorama en caso del cambio normativo para asegurar la inversión del particular y al mismo tiempo la continuidad del proyecto en caso de presentarse una contingencia de orden legislativo. Adicionalmente, la autora establece que otra forma de mitigar este tipo de riesgos es aplicar estándares mínimos de protección internacional como un mecanismo de resguardo para el inversor privado (Alexander, 2012, p. 13).

Al respecto cabe mencionar que en el Ecuador, Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas (en adelante LOIAPP), publicada en el RO número 652 de 18 de diciembre de 2015, incluye dentro de su articulado una disposición orientada a mantener estabilidad y seguridad jurídica en las

APP (LOIAPP, 2015, art. 15). Sin embargo, de acuerdo al mismo texto, esta disposición solamente será aplicable en los aspectos regulatorios que sean declarados esenciales dentro del contrato, por lo que se deja un margen de discusión entre las partes respecto de qué aspectos son esenciales para el desarrollo del contrato.

Otro factor considerado como una desventaja es la corrupción. Los autores coinciden en que el control que debe ejercerse para mantener la integridad de la relación contractual es fundamental (Vázquez y Oddone, s. f., p. 167; Banco Mundial, 2012). Consecuentemente se deberá contar con mecanismos de control para evitar corrupción en el desarrollo y manejo de estos recursos.

En virtud de lo expuesto, podemos decir que las APP tienen ventajas y desventajas que deben ser consideradas a la hora de planificar y desarrollar un proyecto. Como bien mencionan algunos autores, las APP no deben ser tratadas como la panacea de la contratación pública, sino que por el contrario su uso debe ser evaluado para cada caso particular (Alexander, 2012, p. 7; Jamali, 2004, p. 428).

Pese a esto, debemos recalcar que la única forma en la que se puede sobrellevar tanto unas como otras, es estableciendo términos claros y precisos en el contrato, como una forma de prever eventualidades y mantener un balance en el contrato.

1.6. Tratamiento legislativo en el Ecuador

En esta sección empezaremos por referirnos a la normativa constitucional para luego abrirnos camino a las leyes orgánicas que reconocieron las APP y finalmente aterrizar en la reciente LOIAPP .

En la Constitución Política del Ecuador (CPE) publicada en el RO número 1 del 11 de agosto de 1998, se estableció que si bien el Estado era el responsable de la provisión de los servicios públicos, dicha tarea podría ser llevada a cabo a través de delegación a empresas mixtas o privadas usando diversas figuras contractuales entre las que se encuentra la asociación (CPE, 1998, Art. 249). Así mismo se estableció que los términos contractuales no podrían ser

modificados unilateralmente, ni aún por leyes u otro tipo de disposiciones (CPE, 1998, Art. 249).

Posteriormente, la Constitución de la República del Ecuador (CRE) publicada el RO 449 de 20 de octubre de 2008, reconoce como sectores estratégicos los que anteriormente eran simplemente denominados servicios públicos; incluso se menciona que:

[...] Se consideran sectores estratégicos la energía en todas sus formas, las telecomunicaciones, los recursos naturales no renovables, el transporte y la refinación de hidrocarburos, la biodiversidad y el patrimonio genético, el espectro radioeléctrico, el agua, y los demás que determine la ley (CRE, 2008, art. 313).

Al igual que en la CPE, la CRE establece que será una atribución exclusiva del Estado la provisión de los servicios públicos (CRE, 2008, art. 314). No obstante reconoce excepcionalmente la posibilidad de la participación de privados en sectores estratégicos siempre que la ley lo establezca (CRE, 2008, art. 316).

A raíz de esta disposición constitucional, podemos encontrar varios cuerpos normativos que hacen referencia a esta delegación excepcional. En primer lugar encontramos la Ley de Modernización del Estado (LME), en donde se establece que uno de los objetivos de la ley es precisamente “[...] promover, facilitar y fortalecer la participación del sector privado y de los sectores comunitarios o de autogestión en las áreas de explotación económica.” (LME, 1993, art. 4)

Dentro de este cuerpo legal encontramos un capítulo entero, destinado al tratamiento de “Desmonopolización, Delegación de Servicios Públicos a La Iniciativa Privada Y Privatización” (LME, 1993, art. 41), es importante destacar que en este cuerpo normativo la delegación puede ser llevada a cabo de distintas formas, entre las cuales consta el contrato de asociación. En el mencionado capítulo de la LME, se establecen modalidades, prohibiciones, límites y procedimientos para llevar a cabo estas figuras. Sin embargo, la

reglamentación es rígida, lo que explicaría el poco éxito y proliferación de APP hasta la actualidad.

Posteriormente en el RO número 48 de 24 de julio de 2009, se publicó la Ley Orgánica de Empresas Públicas (LOEP). En esta norma se contemplaron mecanismos asociativos para el cumplimiento de los fines de las Empresas Públicas. El artículo 35 de la mencionada ley establece que:

Art. 35.- CAPACIDAD ASOCIATIVA.- Las empresas públicas tienen capacidad asociativa para el cumplimiento de sus fines y objetivos empresariales y en consecuencia para la celebración de los contratos que se requieran, para cuyo efecto podrán constituir cualquier tipo de asociación, alianzas estratégicas, sociedades de economía mixta con sectores públicos o privados en el ámbito nacional o internacional o del sector de la economía popular y solidaria, en el marco de las disposiciones del artículo 316 de la Constitución de la República[...] (LOEP, 2009, art. 35)

En la LOEP, se puede apreciar la flexibilidad normativa a la que hace referencia la doctrina. En esta ley, se establece un marco normativo referencial, creando las condiciones adecuadas para el desarrollo satisfactorio de las APP desarrolladas por Empresas Públicas.

Así mismo en el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI) publicado en el RO 351 de 16 de diciembre de 2010, también podemos encontrar una acepción a la inversión privada en sectores estratégicos. El artículo 96 del COPCI establece que: “El Estado podrá delegar excepcionalmente, a la iniciativa privada y a la economía popular y solidaria, las inversiones en los sectores estratégicos en los casos que se establezcan en las leyes de cada sector y, subsidiariamente, en el presente Código.” (COPCI, 2010, art. 96). Aquí se puede evidenciar un avance del concepto de participación privada en sectores estratégicos, pues al permitirse la inversión, inmediatamente se está reconociendo el derecho del privado a obtener el retorno de la misma.

En el COPCI también podemos encontrar una disposición similar a la de la Constitución de 1998, en cuanto a la estabilidad contractual, puesto que en 2015 se agregó un artículo innominado posterior al artículo 96, en el que se reconoce que se brindará al inversor privado “[...] estabilidad jurídica de la normativa sectorial específica que hubiese sido declarada como esencial en los correspondientes contratos de concesión u otros títulos habilitantes para la gestión de sectores estratégicos o la provisión de servicios públicos [...]” (COPCI, 2010, art. Innominado).

Finalmente, en el RO número 652 del 15 de diciembre de 2015, se publicó la Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas (en adelante LOIAPP). Esta norma desarrolló, a profundidad la regulación de las APP, estableciendo un marco normativo más detallado pero no rígido respecto de su funcionamiento, conformación y principios. Adicionalmente se establecieron diversos tipos de mecanismos que ayudarían a incentivar el uso de estas figuras contractuales.

Del análisis de la normativa se desprende una notable evolución del tratamiento legislativo de las APP. Esta figura ha sido reconocida y mencionada reiteradamente en la legislación ecuatoriana. Sin embargo, la reciente LOIAPP, trata de manera más específica la figura por lo que constituye un primer paso al desarrollo normativo al que al a que nos referimos anteriormente.

2. CAPÍTULO II. El arbitraje internacional

2.1. Introducción al arbitraje

La palabra arbitraje, se deriva del latín *adbiter* que significa “[...] tercero que se dirige a dos litigantes para entender sobre su controversia” (Gozaíni, 1994, p. 11). De acuerdo a la doctrina el arbitraje, es un mecanismo alternativo de solución de controversias, que emana de un contrato a través del cual las partes convienen someter sus controversias presentes o futuras a la decisión de un tercero, denominado árbitro a fin de que lo resuelva (Fouchard, Gaillard, Goldman, y Savage, 1999, p. 10).

Por otro lado, Caivano (2010, p. 2) se ha referido al arbitraje como: “[...] un instrumento del cual pueden valerse los particulares para instaurar un sistema de administración de justicia que permita resolver el conflicto prescindiendo del Poder Judicial.” Incluso se menciona que la decisión de los árbitros es vinculante para las partes y es inapelable más si anulable por orden judicial en casos específicos (Bennett, 2002, p. 5).

Los tratadistas también se han referido a este método alternativo de solución de controversias (en adelante MASC) como un acuerdo de voluntades privado mediante el cual los árbitros se ven investidos de jurisdicción por las partes para decidir de manera definitiva sobre los conflictos presentes o futuros de las mismas, que versen sobre materia transigible (Gil Echeverry, 1993, p. 12; Salcedo, 2001, p. 21).

La Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (2013) ha dicho que: “El arbitraje es el método alternativo de solución de conflictos por excelencia en el ámbito comercial, constituyéndose para la comunidad nacional e internacional, en el mecanismo idóneo para resolver los conflictos que de estas actividades se deriven.” A esto se suma la opinión de Born (2014, p. 1) quien asevera que durante las últimas décadas, el arbitraje se ha transformado en el MASC más usado para resolver disputas, a nivel nacional e internacional, convirtiéndose en una herramienta para atraer la inversión extranjera.

Por otro lado, coincidiendo con Bennet (2002, p. 8), el arbitraje no debe ser considerado como la panacea de la resolución de conflictos. Simplemente es una herramienta más de la que se pueden valer las partes, dependiendo de su conveniencia e idoneidad en cada caso.

Entonces, entendemos al arbitraje como un MASC a través del cual las partes voluntariamente someten sus conflictos presentes o futuros a la decisión de uno o varios árbitros, que expedirán un laudo inapelable y vinculante para las partes. Además de su función como MASC, se debe reconocer que el arbitraje se ha convertido en un incentivo para atraer inversión, por lo que su uso ha venido incrementando en las últimas décadas.

2.2. Arbitraje internacional

El arbitraje internacional es una de las especies dentro del género del arbitraje. La doctrina (Born, 2014, p. 7) ha señalado que data de hace muchos años; y que este MASC fue usado en la antigüedad por civilizaciones como la Griega o la Mesopotámica para resolver conflictos entre ciudades y Estados.

No obstante, durante la Edad Media el arbitraje internacional cobró un papel estelar en la resolución pacífica de conflictos entre Estados, convirtiéndose en uno de los MASC más usados en la época. Posteriormente, en la Edad Moderna el arbitraje internacional dio un salto cuando por primera vez se pactó en un tratado internacional, el uso de este MASC para la resolución de controversias; el tratado Jay, entre Gran Bretaña y Estados Unidos marcó una nueva etapa en la que varios países imitarían esta conducta incluyendo al arbitraje dentro de los tratados.

La doctrina (Fouchard et al., 1999, p. 31) también señala que surgió una corriente que buscó la institucionalización del arbitraje internacional; cuya conclusión llegó con la convención de la Haya para la resolución pacífica de controversias internacionales de 1907, que crearía la Corte Permanente de Arbitraje a la cual los Estados podrían recurrir para solucionar sus controversias.

Los autores McIlwrath y Savage (2010, p. 4) establecieron que la principal característica del arbitraje internacional es la existencia de un elemento internacional en la controversia. Dicho elemento puede ser la nacionalidad, el domicilio de las partes, o cualquier otro elemento que ligue la controversia a otro ordenamiento jurídico.

Dentro del arbitraje internacional podemos reconocer al menos cuatro fuentes a partir de las cuales se desarrolla este MASC. Según la doctrina (Fouchard et al., 1999, p. 103) las fuentes de esta especie de arbitraje son de origen público; señalando que el desarrollo de esta disciplina surgió a partir de Tratados y convenios internacionales, contratos, la costumbre internacional y la jurisprudencia. Estas fuentes son muy similares a las fuentes del Derecho Internacional ya que el arbitraje internacional es una rama dentro de las muchas de las que se compone el Derecho Internacional.

En la doctrina se distinguen dos modalidades dentro del arbitraje internacional, por un lado el arbitraje comercial y por otro el arbitraje de inversiones. Durante mucho, ambas ramas fueron tratadas bajo los mismos parámetros doctrinarios y procedimentales; esto se debía a que las relaciones comerciales eran mucho más comunes que las inversiones (Anthea Roberts, 2012, p. 297; Rubins, 2004, p. 283); por lo que no se consideraba necesario un tratamiento distintivo. Sin embargo, con el paso del tiempo fue necesaria la separación de estas dos ramas, que serán tratadas a continuación.

2.3. Arbitraje de inversión

Para comprender esta rama del arbitraje internacional, empezaremos por establecer la definición de inversión. De acuerdo a la doctrina (Ossorio, 2006, p. 508; Sabino, 1991, p. 194) una inversión es la colocación de dinero en proyectos considerados lucrativos, con el fin de obtener rentabilidad o prevenir la desvalorización del mismo. Como menciona Sabino (1991, p.195) la inversión también puede ser considerada como gasto para adquirir bienes que producirán otros bienes.

El arbitraje no siempre fue la alternativa más popular para la resolución de conflictos en materia de inversión. Métodos como la diplomacia de la cañonera o *gunboat diplomacy* y la adhesión diplomática o *diplomatic espousal* fueron los favoritos para precautelar los derechos de los inversionistas extranjeros (Dugan, Wallace, Rubins, & Sabahi, 2011, p. 26).

En el primer caso, la estrategia consistía en enviar fuerzas militares, para proteger la propiedad del inversionista. Mientras que en la adhesión diplomática el inversionista extranjero se escudaba en su gobierno para realizar cualquier tipo de reclamo concerniente a su inversión (Dugan et al., 2011, pp. 26-28). Posteriormente, los Estados propugnaron métodos de solución de conflictos despolitizados, es decir, que no perjudiquen las relaciones internacionales entre los Estados. Esto se llevó a cabo a través de la negociación de Tratados Bilaterales de Inversión, donde se establecían los procedimientos de solución de controversias (Alvarez y Park, 2003, p. 702; Dugan et al., 2011, p. 51).

Finalmente, con la suscripción del Convenio de Washington en 1965, que creó el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) se dio inicio a la corriente de los Centros de Arbitraje Internacionales, cuya finalidad es crear estándares procedimentales para la resolución de conflictos que permitan mejorar el desarrollo de las inversiones entre los Estados y particulares.

El arbitraje de inversión es una rama del arbitraje internacional dedicada específicamente a la diferencias que surgen en materia de inversiones entre un Estado receptor y un inversor. Según la doctrina (Anthea Roberts, 2012, p. 299; Martínez-Fraga y Samra, 2012, p. 448) este tipo de arbitraje se maneja bajo régimen de derecho internacional público.

Rubins (2004, p. 289) señala que un conflicto debe cumplir con dos requisitos esenciales para estar dentro de la competencia del arbitraje de inversión. El primero se refiere al pacto arbitral en el que las partes deben determinar que la actividad sobre la que versa el acuerdo es una inversión; y el segundo, que hace alusión a la calidad de las partes quienes deberán cumplir los parámetros establecidos en el artículo 25 del Convenio de Washington.

No obstante, bajo la lógica de este autor no podríamos concebir la existencia de arbitrajes internacionales de inversión en otros Centros de Arbitraje diferentes al CIADI, por lo que automáticamente se verían excluidos no solo el resto de Instituciones de Resolución de Conflictos sino también aquellos países que no han suscrito dicho convenio o que, en su defecto lo hayan denunciado.

Por otro lado, Schreuer (2009, p. 140) estableció cinco criterios para que un conflicto se considere materia de arbitraje de inversión, que según el autor no son absolutos, pero sí recurrentes. La primera característica se refiere a la duración de la operación, debido a que a menudo las inversiones se realizan a largo plazo. En segundo lugar, se encuentra la existencia o expectativa de cierta rentabilidad y retorno de la inversión; dado que esa es la finalidad de una inversión.

En tercer lugar Schreuer (2009, p. 140) habla sobre la existencia de riesgo en la operación. La cuarta característica está basada en el monto de la inversión, que para el autor, debe ser sustancial. Compartiendo el análisis de Rubins (2004, p. 287) al respecto, el criterio del monto sustancial de la inversión es bastante subjetivo, debido a que lo que para un Estado puede considerarse una inversión contundente, para otro puede no serlo.

La última característica dada por el autor (Schreuer, 2009, p. 140) tiene que ver con el Estado anfitrión. En este punto se da importancia al impacto que generará la inversión para el Estado receptor; es decir, si la operación significará un avance para el desarrollo del Estado anfitrión.

Según Fouchard, (1999, p. 110) en materia de inversiones, el arbitraje se ha presentado como un mecanismo de protección importante para el inversionista extranjero frente al Estado receptor. Por esta razón, resulta lógico que este MASC se haya vuelto una herramienta para incentivar la inversión extranjera.

En definitiva, no todo conflicto puede ser tratado por el arbitraje de inversión, como se desprende de la doctrina, es necesario reunir una serie de requisitos para poder acceder a esta modalidad de arbitraje; sin embargo, al no existir criterios universales, dichos requisitos deberán ser evaluados por el Tribunal

Arbitral en razón de cada caso. A pesar de esto, este MASC, se presenta como un fuerte aliado a la hora de atraer inversión.

2.4. Arbitraje Comercial

Esta rama del arbitraje internacional es más antigua que la analizada anteriormente. La doctrina (Born, 2014, p. 24) ha establecido que esta modalidad de arbitraje internacional, fue usada hace miles de años por civilizaciones de Medio Oriente y Grecia para solucionar controversias entre ciudadanos comunes.

Coincidiendo con esta afirmación, otros autores (Bergsten et Kröll, 2011, p. 230), manifiestan que desde la antigüedad, los comerciantes recurrían a expertos de la industria, que no eran jueces ni funcionarios estatales, para que decidieran sobre una disputa comercial. Este sería entonces el origen del arbitraje comercial al igual que el de la *lex Mercatoria*. Born,(2014, p. 30) incluso menciona que en la Edad Media, las asociaciones de comerciantes llegaron a tener sus propios procedimientos arbitrales, de los cuales aún quedan vestigios en la actualidad.

Es comprensible que los comerciantes hayan optado por este MASC, tomando en consideración las distancias entre los territorios que dificultaba la posibilidad de llevar el proceso en los domicilios de los comerciantes y sobretodo la necesidad de resolver amistosamente las controversias, para no perder los lazos comerciales. Además, estaba la necesidad de una persona que conozca del negocio para decidir sobre la controversia; por todas estas razones, el arbitraje se perfilaba como la mejor alternativa para resolver diferencias comerciales.

Posteriormente, cuando surgió la corriente codificadora del derecho mercantil, el arbitraje comercial también tuvo un espacio en las convenciones y tratados internacionales relacionados con el comercio. Como ejemplos de esta corriente se encuentran la Ley Modelo creada por la Comisión de Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional en 1985; o, los Principios sobre los contratos comerciales internacionales creados por el Instituto Internacional para la

Unificación del Derecho Privado en 2010; ambos cuerpos normativos contienen normas de arbitraje comercial internacional que hasta la actualidad son usados como guía para la resolución de controversias en todo el mundo.

McIlwrath y Savage, (2010, p. 4) señalan que el arbitraje comercial internacional es un MASC en el que intervienen nacionales de dos Estados diferentes o cuya controversia, de origen comercial, se encuentre ligada a dos ordenamientos jurídicos, y que han pactado por escrito el uso del arbitraje como mecanismo de solución de controversias.

De acuerdo a Roberts (2012, p.298) este MASC, al igual que la mayoría de instituciones relacionadas al comercio, se rige por el derecho privado y la costumbre mercantil. Por esta razón no es extraño encontrarse con arbitrajes de este tipo que sean resueltos en equidad o a conciencia, lo que quiere decir que el laudo final se expide en razón del leal saber y entender de los miembros del tribunal arbitral.

2.5. Regulación en el Ecuador

En el rango constitucional, tanto la CPE como la CRE han reconocido al arbitraje, junto con otros MASC como formas válidas de resolución de conflictos. Sin embargo, debemos señalar que en la CRE, introdujo ciertas reglas para su uso, a las cuales nos referiremos en detalle en el siguiente capítulo.

Más adelante, la Ley de Arbitraje y Mediación publicada en el RO número 145 del 4 de septiembre de 1997 derogaría la normativa civil y mercantil para establecer una suerte de uniformidad en el proceso arbitral de las dos materias. Finalmente, dicha ley fue codificada y publicada nuevamente en el RO número 417 del 14 de diciembre de 2006.

En la actualidad, la normativa civil expresada en el Código Orgánico General de Procesos, publicado en el RO 506 de 22 de mayo de 2015, contiene normas procedimentales para la homologación de laudos extranjeros, además establece que estos instrumentos son títulos de ejecución.

En lo concerniente a Tratado Internacionales suscritos y ratificados por el Ecuador en materia arbitral sólo haremos mención a los más trascendentes, debido a que existen una serie de instrumentos internacionales que de una u otra forma se refieren al compromiso de uso del proceso arbitral. Pese a esto, no podemos olvidar los numerosos Tratados bilaterales que ha suscrito el Ecuador con otros países, en los cuales también se incluyen disposiciones relativas al arbitraje.

Entre los principales tratados internacionales referentes al arbitraje internacional encontramos: la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras, ratificada el 19 de agosto de 1961 (en adelante convención de Nueva York); la Convención Interamericana sobre Arbitraje Comercial Internacional, ratificada el 12 de diciembre de 1978 y la Convención Interamericana sobre Eficacia Extraterritorial de las Sentencias y Laudos Arbitrales Extranjeros, ratificada el 11 de mayo de 1982; todas publicadas en el RO número 153 de 25 de noviembre de 2005.

Como se puede advertir, el Ecuador ha reconocido en reiteradas ocasiones al arbitraje como un MASC, dándole con el tiempo mayor trascendencia y especialidad a la normativa. Todo esto con el fin de mejorar e incentivar las relaciones internacionales dando muestras de buena fe a la comunidad internacional.

2.6. La sede arbitral

Doctrinariamente, la sede arbitral es el domicilio o lugar donde se llevará a cabo el arbitraje y donde se dictará el laudo final, sin que esto signifique que sea el lugar donde se lleva a cabo el procedimiento arbitral; es decir las audiencias y demás diligencias debido a temas logísticos (Belohlavek, 2015, p. 22; Born, 2009, p. 2051; Fouchard et al., 1999, p. 673).

Algunos doctrinarios (Belohlavek, 2015, p. 33; Fernández Rozas, 2005, p. 9; Fouchard et al., 1999, pp. 673-674) concuerdan en que la selección de la sede arbitral es trascendental para el desarrollo del arbitraje. Como menciona

Fernández Rozas (2005, p. 12) a menudo se busca un lugar neutral, que inspire seguridad y confianza a las partes.

Ahora trataremos algunos aspectos del proceso arbitral que son influenciados por la selección de la sede arbitral. En primer lugar, encontramos la influencia de la sede arbitral en cuanto a la arbitrabilidad del conflicto y la validez del convenio arbitral.

La doctrina asegura que la sede también ejerce cierta influencia respecto de los requisitos para la admisibilidad de ciertas cláusulas arbitrales; al igual que la capacidad para conocer ciertas materias (Belohlavek, 2015, p. 36; Fernández Rozas, 2005, p. 10). Esto quiere decir que la sede arbitral puede ser determinante a la hora de la decisión sobre la competencia del tribunal y la admisión del convenio.

Adicionalmente, se evidencia que la conformación del tribunal arbitral también se ve afectada por la ley de la sede arbitral. Esto se debe a que la ley de cada sede puede establecer distintos parámetros para la selección de árbitros (Born, 2009, p. 2058; Fernández Rozas, 2005, p. 10). Los criterios establecidos pueden girar en torno a la nacionalidad, especialidad o experiencia de los candidatos.

De la misma manera, la doctrina establece que existe una afectación a la ley aplicable al arbitraje; esto no solo a nivel procedimental; sino también respecto de la ley bajo la cual se decidirá el conflicto (Born, 2009, pp. 2058-2059; Fernández Rozas, 2005, p. 11). Adicionalmente, esto podría afectar a la aplicación de medidas cautelares por parte de la justicia ordinaria.

Según la doctrina (Belohlavek, 2015, p. 37; Born, 2009, p. 2055; Fernández Rozas, 2005, p. 10), la ejecutabilidad del laudo se ve afectada por la selección de la sede arbitral, principalmente si se escogen Estados que no hayan ratificado la Convención de Nueva York o cuya legislación no favorezca al arbitraje.

Aunque menos trascendentes, también deben considerarse las cuestiones logísticas y los costos del arbitraje antes de pactar una sede específica. Entre estas se encuentran: el lugar donde se deben realizar las audiencias, el transporte, las visas para concurrir a las audiencias, entre otras (Born, 2009, p. 2052).

3. CAPÍTULO III. El cambio normativo del arbitraje internacional y su alcance en las APP

3.1. El arbitraje internacional en la Constitución del 2008

En lo que respecta a las normas constitucionales que tratan la materia del arbitraje internacional, cabe la siguiente pregunta: ¿Existió o no un cambio en la aproximación a este MASC en la CRE? Y de ser así, ¿cuáles podrían haber sido las causas para esta nueva concepción?

Anteriormente la normativa Constitucional referente al arbitraje internacional era bastante amplia, tal es así que la CPE, se encargó de reconocer al arbitraje internacional como un MASC sin disponer mayores regulaciones para su aplicación en el ámbito público o privado que la simple sujeción a las disposiciones de la LAM. Eran las leyes especiales y los Tratados Bilaterales de Inversión, los instrumentos llamados a regular los pormenores del acuerdo arbitral entre una institución pública y los gestores privados.

No obstante, este precepto cambió cuando, tras las elecciones del año 2007, el pueblo ecuatoriano convocó a una Asamblea Constituyente para la redacción de un nuevo cuerpo constitucional; donde, al igual que en la CPE se reconoció al arbitraje internacional como un MASC; sin embargo, se introdujeron importantes reformas para el pacto de arbitraje internacional.

En el Acta de la Asamblea Constituyente número 51 de 20 de mayo de 2008, durante la ponencia la Asambleísta María Augusta Calle, presidenta de la Mesa encargada de los textos constitucionales referentes a “Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana” se realizó, una referencia muy particular a la hora de explicar el contenido del inciso primero del artículo 422. La mencionada Asambleísta dijo:

[...] el Estado Ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas o jurídico-privadas; ese es el espíritu del primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es una voluntad de ejercer soberanía

sobre los convenios internacionales (Asamblea Constituyente de Montecristi, 2008, Acta N° 51, p.98).

Coincidiendo con el planteamiento de Marchán, (2009, p.203) y conforme se infiere de lo manifestado por la presidente de la mesa encargada de la normativa constitucional referente al arbitraje internacional, el razonamiento planteado por la Asamblea Constituyente, podría atribuirse entre otras cosas, a los múltiples procedimientos internacionales iniciados por inversionistas extranjeros contra el Estado ecuatoriano, que al momento eran llevados en instancias arbitrales internacionales.

Un ejemplo de los procedimientos a los que se hace referencia es el caso Occidental Petroleum Corporation (OXY) vs. República del Ecuador, en el CIADI. De manera resumida, el conflicto sometido a arbitraje giraba en torno a la legitimidad de la declaratoria, por parte de las autoridades ecuatorianas, de la caducidad del Contrato de Participación del Bloque 15 de la Amazonía ecuatoriana. Dicha declaratoria se basó entre otras razones, en la transferencia de derechos y obligaciones que se configuró cuando OXY suscribió los Acuerdos AEC con la compañía City Investment Company Ltd., filial de la compañía canadiense Alberta Energy Company (Caso CIADI, 2012, No. ARB/06/11, p. 34-36; PGE, 2006, p. 13-48; PGE, 2014, p. 13-28).

Entonces, si podría interpretarse que existió un cambio de paradigma respecto al tratamiento constitucional del arbitraje internacional y que, esta nueva aproximación podría haber sido influenciada, al menos en parte, por la existencia de procedimientos arbitrales de cuantías multimillonarias entablados por inversionistas extranjeros en contra del Ecuador.

3.2. Análisis del articulado Constitucional referente al arbitraje internacional

En este apartado se analizarán dos artículos constitucionales que se refieren al arbitraje. El artículo 190 reconoce al arbitraje como un MASC válido dentro del Ecuador, lo cual es fundamental pero no es novedoso si tomamos en cuenta que las predecesoras de la CRE hicieron el mismo reconocimiento. Sin

embargo resulta interesante lo establecido en el segundo inciso de este artículo, en el que se dice: “[...] En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.” (CRE, 2008, art.190)

Nos enfocaremos particularmente, el artículo 422 de la CRE que tal como se mencionó establece en el inciso primero que: “No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.” (CRE, 2008, art. 422)

En primer lugar, se debería analizar a que se refiere la norma constitucional al hablar de “tratados o instrumentos internacionales”. Una interpretación podría ser, que el texto del inciso primero trata de manera equivalente ambos términos, refiriéndose únicamente a los pactos celebrados entre dos Estados.

De la misma forma, cabe la posibilidad de que la norma haga alusión a estos términos de manera diferenciada, es decir que por un lado se referiría a los tratados entre dos Estados y además a los contratos celebrados entre el Estado y otro sujeto del derecho internacional.

Por otro lado, resulta interesante el término “jurisdicción soberana”, al que hace alusión este inciso; para entenderlo es necesario tomar ambos términos por separado. La jurisdicción de acuerdo a la doctrina (Ossorio, 2006, p. 524) es la facultad de administrar justicia y hacer ejecutar lo juzgado. Mientras que, la soberanía es un atributo del poder del Estado que hace de este, supremo e independiente, tanto en ámbito nacional como internacional (Bidart, 2002, p. 221).

En ese sentido se podría entender que el término empleado en este inciso se refiere a la administración de justicia dentro del territorio ecuatoriano con sujeción a los procedimientos reconocidos por las diferentes leyes nacionales, en los cuales la resolución del conflicto quede en manos de una autoridad

dentro del Estado Ecuatoriano. Dependiendo de la ley a cuyo procedimiento deba sujetarse la resolución de conflictos, dicha autoridad puede ser judicial o administrativa, como veremos más adelante en el caso de la LOIAPP.

Sin embargo, el segundo inciso del mismo artículo se esclarece que: “Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.” (CRE, 2008, art. 422) Del texto citado se desprendería que únicamente las instancias arbitrales ubicadas dentro de la región Latinoamericana serán competentes para tratar las controversias que resulten de instrumentos internacionales que involucren al Estado ecuatoriano.

Finalmente, el artículo 422 termina refiriéndose a las controversias relacionadas con la deuda externa, donde por el lenguaje usado en el texto podemos apreciar más flexibilidad considerando que hace alusión a principios muy generales sobre los cuales se enmarcará el procedimiento arbitral; el texto dice: “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.” (CRE, 2008, art. 422)

Con respecto a este inciso, la Corte Constitucional se pronunció en la Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC de 13 de marzo de 2009, que fue publicada en el RO 549 de 16 de marzo de 2009, donde se llegó a la conclusión de que, bajo este inciso, las controversias relacionadas con la deuda externa del Estado podrían resolverse por arbitraje en equidad que sea llevado de acuerdo a los principios de transparencia, equidad y justicia, como se mencionó anteriormente.

3.3. La postura de la Corte Constitucional

Desde que se promulgó la normativa Constitucional relativa al arbitraje internacional, en 2008 han existido diversos sucesos que han llevado a que la

Corte Constitucional del Ecuador se pronuncie a través de dictámenes y sentencias para esclarecer la interpretación y alcance de la norma.

A continuación se analizará uno de los dictámenes de constitucionalidad más representativos, en el que la Corte Constitucional, haciendo ejercicio de las facultades otorgadas por la CRE, emitió una opinión sobre el arbitraje internacional que se contemplaba en este TBI, en relación a lo dispuesto en el artículo 422 de la CRE. Cabe mencionar que a partir de este dictamen de constitucionalidad, diez tratados bilaterales de inversión fueron denunciados por la Asamblea Nacional, mientras que otros dieciséis se encuentran en proceso de denuncia, lo que significa que siguen vigentes a pesar de ser contrarios a la constitución.

El dictamen de constitucionalidad número 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre del 2010 emitido por la Corte Constitucional, para el período de transición, fue solicitado por la Presidencia de la República, para continuar con el trámite de denuncia del Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, suscrito el 27 de agosto de 1993 y ratificado el 13 de octubre de 1995.

La parte que nos concierne de este dictamen, es la interpretación de la Corte Constitucional respecto numeral 2 del artículo VI del TBI en el que se trata la solución de controversias. Este artículo señala que: “[...] la sociedad o el nacional interesado, para resolverla, podrá optar por someterla a una de las siguientes vías para su resolución [...] (el subrayado me pertenece)” (Corte Constitucional, Dictamen de constitucionalidad 043-10-DTI-CC, 2010, p.5). Posteriormente el artículo menciona como alternativas la justicia ordinaria, los procedimientos de solución de diferencias aplicables y finalmente el arbitraje, estableciendo que se podrá recurrir a éste:

[...]Siempre 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 o el nacional interesado

podrá optar por consentir por escrito a someter la diferencia, para su solución, al arbitraje obligatorio [...] (Corte Constitucional, Dictamen de constitucionalidad 043-10-DTI-CC, 2010, p.5).

Al respecto la Corte determinó que el artículo VI del TBI “[...] atentaría en contra del principio de supremacía constitucional, en el sentido de que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República.” (Corte Constitucional, Dictamen de constitucionalidad 043-10-DTI-CC, 2010, p.13)

El razonamiento de la Corte nos indica que la interpretación dada al artículo 422 se refiere a que en el mencionado tratado se contravienen los preceptos constitucionales al permitir que, para favorecer a los inversionistas se pretenda solucionar las controversias directamente a través de arbitraje internacional, sin cumplir con los procedimientos previos señalados en la legislación ecuatoriana.

3.4. La LOIAPP y la solución de controversias

Tanto la LOIAPP como su Reglamento, hacen referencia a la solución de controversias siguiendo la línea de constitucional del arbitraje internacional regional en el Ecuador.

El artículo 19 de la LOIAPP (2015), establece que las controversias contractuales serán sometidas a una instancia de arbitraje internacional latinoamericana; manteniendo concordancia con lo dispuesto en inciso segundo del artículo 422 de la CRE. Mientras que el artículo 19 del Reglamento de la LOIAPP (2016) sostiene que se para el pacto de arbitraje internacional se requerirá de la autorización de la PGE. Estableciendo así, un mecanismo de control adicional a la hora de negociar la solución de conflictos en las APP.

De igual forma, el artículo 20 (LOIAPP, 2015) dispone dos reglas para la resolución de controversias. Por un lado, señala que la negociación y la mediación son mecanismos opcionales de solución de controversias, ya que no

se establece la obligatoriedad de agotar estos mecanismos antes de pasar a la fase administrativa. El artículo en mención dice: “Cuando la parte que se estime afectada comunique a la otra el objeto de la controversia, estas podrán solucionar la disputa mediante diálogos directos o mediación” (LOIAPP, 2015, art.20) (el subrayado me pertenece).

Se puede identificar la opcionalidad de la disposición, si se compara este texto con la cláusula escalonada prevista en el artículo 27 del COPCI (2010), donde se dispone que existirá una instancia obligatoria de mediación, si luego de 60 días no se lograra solucionar la controversia por a través de negociación.

Por otro lado, el mismo artículo (LOIAPP, 2015, art.20) establece que el arbitraje podrá ser propuesto previo al agotamiento de la vía administrativa, como un mecanismo de última instancia. Al respecto, el artículo 20 del Reglamento a la LOIAPP (2016), realiza una aclaración y dispone que el gestor privado debe concluir con la fase administrativa dentro de la misma institución, antes de llevar la controversia ante un tribunal arbitral.

A pesar de esto, se podría decir que la obligatoriedad de concluir la etapa administrativa interna antes de poder llevar el conflicto a árbitros calificaría como una especie de cláusula escalonada en la medida en que no permite que las partes puedan iniciar el proceso arbitral directamente sin cumplir con este requerimiento previo.

En el caso de las APP, según lo que se desprende de la normativa es posible pactar arbitraje internacional únicamente en sedes regionales. Sin embargo, si se aplica la apreciación de jurisdicción soberana que se ha manifestado anteriormente, se podría inferir que la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano, termina al agotarse la fase administrativa obligatoria; por lo que bien podría pactarse un arbitraje en sedes no regionales siempre y cuando se siga la consigna dispuesta por la normativa constitucional de respetar los procedimientos obligatorios establecidos por las leyes especiales.

CONCLUSIONES

Las APP son un claro ejemplo de la tendencia actual en materia de Contratación Pública, orientada a la cooperación entre el sector público y privado bajo la consigna de una distribución equitativa de riesgos y beneficios. Como se puede identificar, esta figura no es del todo nueva en el Ecuador; sin embargo, la novedad se encuentra en la existencia de normativa especializada y el establecimiento de varios incentivos para atraer la inversión privada a proyectos de colaboración con el sector público.

Entre estos incentivos se encuentra la posibilidad de pactar arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias. Este MASC ha sido por excelencia uno de los más relacionados a la atracción y protección a la inversión; entre otras razones, debido a que las partes pueden decidir sobre ciertos aspectos procedimentales y además designar al Tribunal arbitral que resolverá su controversia. Dentro del arbitraje internacional, encontramos dos ramas principalmente: el arbitraje comercial que se encarga de las controversias de índole comercial entre privados o incluso entre estados y privados; y, el arbitraje de inversión, que se ocupa de las diferencias surgidas entre un Estado receptor y un inversionista.

En lo que respecta a la normativa constitucional concerniente al arbitraje internacional, cabe la interrogante de si podría considerarse que existió o no un cambio en el tratamiento de este MASC. Del análisis realizado se desprende que, si tomamos en cuenta elementos como: la normativa constitucional anterior, las disposiciones actuales; y, la existencia de varios procesos arbitrales internacionales multimillonarios en contra del Estado ecuatoriano al momento de la redacción del texto constitucional a los que incluso se hace referencia durante los debates en la Asamblea Constituyente; parecería que pudo existir un cambio de paradigma orientado a la protección de los intereses soberanos del Estado.

El artículo 422 de CRE, que trata el arbitraje internacional estableció la posibilidad de pactar este tipo de solución de controversias en instancias arbitrales regionales. No obstante, existen diversos escenarios que derivan de la interpretación de esta norma, como hemos visto, dependerá de lo que se entienda por las expresiones “tratados o instrumentos internacionales” y “jurisdicción soberana”.

Del análisis que se ha realizado del texto constitucional del artículo 422, se concluye que una de las posibles interpretaciones a esta norma se referiría a la imposibilidad de pactar una cláusula arbitral que permita la omisión del cumplimiento de procedimientos internos, establecidos por las leyes especiales, antes de recurrir a un Tribunal arbitral. En el caso particular de las APP, la jurisdicción soberana del Estado ecuatoriano, termina al agotarse la fase administrativa conforme lo dispone la LOIAPP y su Reglamento.

A nuestro criterio, dada la naturaleza de las APP, y tomando en cuenta que el objetivo de esta figura es incrementar e incentivar la inversión privada en el Ecuador. La normativa especializada para estas figuras podría contemplar la posibilidad de pactar arbitraje en instancias arbitrales internacionales no regionales, como un mecanismo para captar inversión; ya que como se ha visto, dicha disposición no sería contraria a la CRE.

REFERENCIAS

- Ahmad, R., & Mangahas, J. (2013). Public-Private Partnerships: Breakthroughs, Breakdowns and Challenges. National University of Singapore, Lee Kuan Yew School of Public Policy. Recuperado el 03 de marzo de 2016 de https://www.academia.edu/14246946/Public-Private_Partnerships_Breakthroughs_Breakdowns_and_Challenges
- Alexander, N. (2012). The Pros and Cons of Public-Private Partnerships (PPPs) as a means to achieve food security, expanded infrastructure investment and green growth. *Heinrich Böll Stiftung North America*.
- Alvarez, G. A., & Park, W. W. (2003). New Face of Investment Arbitration: NAFTA Chapter 11, The. *Yale J. Int'l L.*
- Anthea Roberts. (2012). Divergence Between Investment and Commercial Arbitration. *Proceedings of the Annual Meeting (American Society of International Law)*. Recuperado el 03 de marzo de 2016 de <http://doi.org/10.5305/procannmeetasil>.
- Asamblea Constituyente. (2007). Acta N° 51 de 20 de mayo de 2008. Recuperado el 27 de mayo de 2016 de <http://montecristivive.com/acta-051-20-05-2008/>
- Belohlavek, A. J. (2015). Seat of Arbitration and Supporting and Supervising Function of Courts. *CYArb-CZECH (& CENTRAL EUROPEAN) YEARBOOK OF ARBITRATION: Interaction of Arbitration and Courts*.
- Banco Mundial. (2012). *Public-Private-Partnership in Infrastructure Resource Center*. Recuperado el 14 de abril de 2016 de

<https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/overview/what-are-public-private-partnerships>.

Bennett, S. C. (2002). *Arbitration*. New York, US: ALM Publishing. Recuperado el 02 de abril de 2016 de <http://site.ebrary.com/lib/udlateca/docDetail.action?docID=10761246>

Bergsten, E. E., & Kröll, S. (Eds.). (2011). *International arbitration and international commercial law: synergy, convergence, and evolution: liber amicorum Eric Bergsten*. Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Frederick, MD: Kluwer Law International. Aspen.

Bidart, G. (2002). *Lecciones elementales de política* (Décima). Ediar.

Born, G. (2009). *International commercial arbitration* (Vol. 1). Kluwer Law International The Hague.

Born, G. (2014). *International commercial arbitration* (Second edition). Alphen aan den Rijn, The Netherlands: Kluwer Law International.

Caivano, R. J. (2010). El arbitraje: nociones introductorias. *Revista Electrónica de Derecho Comercial*.

Cámara de Industrias de Guayaquil. (2011). Ecuador: Panorama de Inversiones. Cámara de Industrias de Guayaquil. Recuperado a partir de http://www.industrias.ec/archivos/documentos/__ecuador_panorama_de_las_inversiones.pdf

Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones. Caso CIADI No. ARB/06/11, 5 de octubre de 2012. Recuperado el 04 de mayo de 2016 de <https://icsid.worldbank.org/apps/icsidweb/cases/Pages/casedetail.aspx?caseno=ARB/06/11>

Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones. (2010). Registro Oficial 351 de 16 de diciembre de 2016.

- Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. (2013). Arbitraje Internacional. Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial. Recuperado el 22 de febrero de 2016 <http://www.ciac-iacac.org/contenido/contenido.aspx?catID=805&conID=7437>
- Constitución de la República del Ecuador. (2008). Registro Oficial 449 de 20 de octubre de 2008 y Registro Oficial 490, Suplemento, de 13 de julio de 2011.
- Constitución Política del Ecuador. (1998). Registro Oficial 1 de 11 de agosto de 1998.
- Corte Constitucional para el período de transición. Dictamen de Constitucionalidad 043-10-DTI-CC de 25 de noviembre de 2010. Registro Oficial 359, Suplemento, de 10 de enero del 2011.
- Corte Constitucional para el período de transición. Sentencia Interpretativa del artículo 422 de la Constitución 0001-09-SIC-CC de 13 de marzo de 2009. Registro Oficial 549 de 16 de marzo de 2009.
- Custos, D., & Reitz, J. (2010). Public-Private Partnerships. *The American Journal of Comparative Law*.
- Dugan, C., Wallace, D., Rubins, N., & Sabahi, B. (2011). *Investor-State Arbitration*. Oxford University Press.
- Fernández Rozas, J. (2005). El arbitraje comercial internacional entre la autonomía, la anacionalidad y la deslocalización. *Revista Española de Derecho Internacional*.
- Fouchard, P., Gaillard, E., Goldman, B., & Savage, J. (1999). *International Commercial Arbitration*. Kluwer law international.
- Gil Echeverry, H. (1993). Curso Práctico de Arbitraje. *Editorial Librería del Profesional, Santa Fe de Bogotá, DC Colombia*.

- González, J. (2006). Contrato de colaboración público-privada. *Revista de administración pública*.
- Gozaíni, O. A. (1994). *Notas y estudios sobre el proceso civil* (1. ed). México: Universidad Nacional Autónoma de México.
- Jamali, D. (2004). Success and failure mechanisms of public private partnerships (PPPs) in developing countries. En *Public and Private Sector Partnerships*. Recuperado el 16 de enero de 2016 de <http://site.ebrary.com/lib/udlateca/docDetail.action?docID=10149906>
- Ley de Arbitraje y Mediación*. (2006). Registro Oficial 417 de 14 de diciembre de 2006.
- Ley de Modernización, Privatización y Prestación de Servicios por la Iniciativa Privada*. (1993). Registro Oficial 349 de 31 de diciembre de 1993.
- Ley Orgánica de Empresas Públicas*, Registro Oficial 48 de 16 de octubre de 2009.
- Ley Orgánica de Incentivos para las Asociaciones Público Privadas*, Registro Oficial Suplemento 652 de 18 de diciembre de 2015.
- Maino, V. (2010). *Asociaciones público-privadas* (Universidad Católica de Santiago de Guayaquil). Guayaquil, Ecuador: Corporación de estudios y publicaciones.
- Marchán, J. (2009). El Tratamiento del Arbitraje en la Nueva Constitución Ecuatoriana. *Spain Arbitration Review, Revista española del club de Arbitraje*.
- Martinez-Fraga, P. J., & Samra, H. J. (2012). A Defense of Dissents in Investment Arbitration. *The University of Miami Inter-American Law Review*.
- McIlwrath, M., & Savage, J. (2010). *International arbitration and mediation: a practical guide*. Austin: Wolters Kluwer.

- Ossorio, M. (2006). *Ciencias Jurídicas Políticas y Sociales. Argentina. Editorial Heliasta.*
- Robalino Orellana, J. (2010). *Las asociaciones público-privadas (APP): una opción para contratación administrativa en Latinoamérica.* Quito, Ecuador: UASB-Ecuador
- Sabino, C. (1991). *Diccionario de economía y finanzas.* Editorial Panapo Caracas.
- Salcedo, E. (2001). *El arbitraje: la justicia alternativa.* Editorial Jurídica Míguez Mozquera.
- Schreuer, C. H. (2009). *The ICSID Convention: a commentary.* Cambridge University Press.
- Vázquez, H. R., & Oddone, N. (s. f.). Alianzas Público-Privadas como motor de la innovación local transfronteriza. Recuperado el 03 de febrero de 2016 de https://www.academia.edu/11966535/Alianzas_P%C3%BAblico-Privadas_como_motor_de_la_innovaci%C3%B3n_local_transfronteriza
- Yescombe, E. R. (2011). *Public-Private Partnerships.* Kidlington, Gran Bretaña: Butterworth-Heinemann. Recuperado el 29 de marzo de 2016 de <http://site.ebrary.com/lib/udlateca/docDetail.action?docID=10186504>