

**Oficio Nro. SIPP-SIPP-2024-0207-O**

**Quito, 20 de agosto de 2024**

**Asunto:** Ref.: Análisis "PROYECTO DE LEY PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA VOLUNTAD POPULAR EXPRESADA EN LA CONSULTA POPULAR Y REFERÉNDUM DEL 21 DE ABRIL DE 2024 EN LO RELATIVO A LA PROHIBICIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL".

Señor Abogado  
Fernando Enrique Cedeño Rivadeneira  
**Presidente**  
**COMISIÓN DE JUSTICIA Y ESTRUCTURA DEL ESTADO DE LA ASAMBLEA NACIONAL**  
En su Despacho

De mi consideración:

Reciba un atento saludo por parte de la Secretaría de Inversiones Público-Privadas, entidad de derecho público adscrita a la Presidencia de la República que tiene por objeto estructurar los proyectos en modalidad de Asociación Público-Privada (APP) en el ámbito de la Administración Pública Central, así como coordinar y articular acciones interinstitucionales para promover, atraer, facilitar, concretar y mantener las inversiones privadas asociadas a la generación de infraestructura y prestación de servicios públicos a través de la modalidad de APP.

Como es de su conocimiento con fecha 16 de mayo de 2024, los señores Ricardo Ulcuango Farinango y Esther Cuesta Santana, asambleísta nacional y asambleísta por Europa, Asia y Oceanía, respectivamente, presentaron ante la Presidencia de la Asamblea Nacional del Ecuador el "PROYECTO DE LEY PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA VOLUNTAD POPULAR EXPRESADA EN LA CONSULTA POPULAR Y REFERÉNDUM DEL 21 DE ABRIL DE 2024 EN LO RELATIVO A LA PROHIBICIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL" (en adelante el "Proyecto de Ley").

Mediante memorando Nro. AN-SG-UT-2024-0300-M de 10 de junio de 2024, el doctor Gerardo Vladimir Aguirre Vallejo, en su calidad de Coordinador General de la Unidad de Técnica Legislativa remitió a la Secretaría General del órgano legislativo el Informe Técnico-jurídico No Vinculante del proyecto de ley antes mencionado.

Con memorando Nro. AN-SG-2024-2665-M de 19 de junio de 2024 del señor Mgs. Alejandro Xavier Muñoz Hidalgo, en su calidad de secretario general de la Asamblea Nacional, notificó al presidente de la Comisión Permanente de Justicia y Estructura del Estado el contenido de la Resolución CAL-HKK-2023-2025-0311, aprobada por el Consejo de Administración Legislativa en la sesión No. 0039-2024, realizada el 12 de junio de 2024, mediante la cual se califica el "PROYECTO DE LEY PARA EL CUMPLIMIENTO DE LA VOLUNTAD POPULAR EXPRESADA EN LA CONSULTA POPULAR Y REFERÉNDUM DEL 21 DE ABRIL DE 2024 EN LO RELATIVO A LA PROHIBICIÓN DEL ARBITRAJE INTERNACIONAL", mismo que ha sido asignado a la Comisión para el trámite correspondiente.

Con estos antecedentes y al amparo de lo dispuesto en los artículos 9 y 57 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa, en concordancia con el artículo 7 del Reglamento de las Comisiones

Oficio Nro. SIPP-SIPP-2024-0207-O

Quito, 20 de agosto de 2024

Especializadas Permanentes y Ocasionales, presento en mi calidad de Secretario de Inversiones Público-Privadas, las observaciones de esta Cartera de Estado al referido proyecto de Ley, documento que se encuentra en calidad de anexo al presente y solicito cordialmente, se sirva señalar día y hora para ser recibido ante la Comisión que usted preside, a fin de explicar con mayor detalle los argumentos que se esgrimen en el documento adjunto.

Atentamente,

*Documento firmado electrónicamente*

Mgs. Pablo José Cevallos Palomeque  
**SECRETARIO DE INVERSIONES PÚBLICO PRIVADAS**

Anexos:

- informe\_proyecto\_de\_ley\_de\_arbitraje\_y\_mediación-signed.pdf

Copia:

Señora Abogada  
María Cecilia Vargas Costales  
**Subsecretaria de Protección a la Inversión**

Señor Abogado  
Jimmy Dario Rodríguez Villamar  
**Director de Asesoría Jurídica**

Señor Máster  
Luis Esteban Torres Cobo  
**Viceministro de Gobierno**  
**MINISTERIO DE GOBIERNO**

Señor Máster  
Francisco Xavier Davalos Ojeda  
**Subsecretario de Articulación con Otras Funciones del Estado**  
**MINISTERIO DE GOBIERNO**

Señor Doctor  
Francisco Javier Grijalva Muñoz  
**Subsecretario de Normas y Fortalecimiento Interinstitucional**

mg/mv



Firmado electrónicamente por:  
PABLO JOSE CEVALLOS  
PALOMEQUE

### **Antecedentes.-**

El 21 de abril de 2024, por iniciativa del Ejecutivo se llevó a cabo la Consulta Popular, cuyas preguntas se dividieron en tres partes: uno, la reforma parcial a la Constitución (1 pregunta); dos, las enmiendas a la Constitución (4 preguntas); y, tres, la consulta popular (6 preguntas).

Respecto de las preguntas que atañen a una enmienda constitucional se encontraba, la siguiente: **“3. ¿Está usted de acuerdo que el Estado ecuatoriano reconozca el arbitraje internacional como método para solucionar controversias en materia de inversión, contractuales o comerciales?”**

Con esta pregunta se buscaba reafirmar la potestad soberana a decidir de forma libre y razonada la vía adecuada para solucionar las controversias que se pudieren producir entre estados o inversionistas o entre el Estado y contratistas de aquel.

Esta pregunta del referéndum estaba directamente vinculada con el contenido del Art. 422 de la Constitución de la República.

A fin de tener un mayor entendimiento del impacto que causa el ejercicio soberano **de decidir** de forma libre y razonada la vía adecuada para solucionar controversias, frente a la inversión extranjera es importante revisar los considerandos y anexos de la referida pregunta, a saber:

*“Considerandos:*

*Que a partir del art. 422 de la Constitución se ha señalado que el Estado ecuatoriano no podría someter conflictos con inversionistas a un arbitraje internacional y por ello han sido declarados inconstitucionales varios tratados de protección de inversiones, **hecho que ha colocado en situación de desventaja al país frente** a otros que si protegen a los inversionistas extranjeros mediante estos instrumentos internacionales y la previsión de arbitrajes para resolución de eventuales conflictos.*

*Anexo:*

*Sustitúyase el art. 422 de la Constitución de la República por el siguiente:*

*“Art. 422.- El Estado ecuatoriano podrá celebrar tratados o suscribir instrumentos internacionales que contemplen reglas de solución de controversias mediante arbitraje internacional, ya fuere en controversias de inversión o de índole contractual o comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas; o en materias relacionadas con endeudamiento externo”.*

Una vez realizada la consulta, el Pleno del Consejo Nacional Electoral con Resolución Nro. PLE-CNE-1-8-5-2024 dispuso la publicación de los resultados

definitivos del "Proceso Electoral de Referéndum y Consulta Popular 2024", efectuado el día domingo 21 de abril de 2024, los resultados obtenidos con relación a la pregunta relativa al arbitraje internacional antes transcrita, es la opción NO, lo que implica que el artículo 422 de la Constitución de la República **mantiene su redacción como actualmente consta** y consecuentemente no se enmendará de la forma planteada en la consulta.

Por lo tanto, el plantear una reforma al texto constitucional en cualquier sentido deviene en improcedente.

El presente informe, plantea un análisis respecto del impacto negativo a la inversión extranjera, el no contar con estos métodos alternativos de resolución de conflictos, con la intención de que el Estado en su conjunto y desde cada poder del Estado trabajemos fomentando un ecosistema propicio para la inversión, lo cual permitirá el desarrollo del país mejorando la calidad de vida de los ciudadanos.

El impacto de contar con métodos de solución de conflictos en sedes neutrales, busca dar certeza tanto al Estado como al inversionista, considerando que la banca de desarrollo, los organismos multilaterales requieren además que para el financiamiento de las diferentes obras, el Estado pueda someterse a estos métodos de solución de conflictos previo cumplimiento de las disposiciones normativas que se encuentran vigentes.

## **Base legal.-**

### **1.1. Constitución de la República.**

El artículo 190 de la Constitución de la República, reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. La Carta Magna señala que deberán aplicarse con sujeción a la ley, en materias en que por su naturaleza se pueda transigir y que en la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado.

Por su parte, el artículo 422 de la Carta Magna señala:

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

*Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán*

*intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.*

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

La sentencia No. 0001-09-SIC-CC expedida por la Corte Constitucional el 13 de marzo de 2009, publicada en el suplemento del Registro Oficial No. 549 de 16 de marzo de 2009, interpretó que “1) el artículo 422, inciso final de la Constitución de la República, se aplica específicamente y con prevalencia a las demás normas constitucionales, en los casos de controversias relacionadas con la deuda externa, y, en consecuencia, no es aplicable para estos casos, la norma contenida en el artículo 190 de la Constitución y 2) Que en los contratos de empréstito internacional, cuando se estipulen cláusulas que incorporen la expresión “fallo en conciencia”, deberá entenderse como sinónimo de “fallo en equidad”, de conformidad con lo establecido en el inciso final del artículo 422 de la Constitución de la República; debiendo, en todo caso, sujetarse a las reglas y principios contenidos en los artículos 416 numeral 12, 289, 290 y 291 de la Constitución de la República del Ecuador”. Es decir, que se puede pactar arbitrajes en equidad en contratos de deuda pública externa.

### **1.2. Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas.**

De otro lado, el primer inciso del artículo 4 y la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas establecen:

*“Art.4.- Ámbito.- Se someterán a este código todas las entidades, instituciones y organismos comprendidos en los artículos 225, 297 y 315 de la Constitución de la República”.*

*“QUINTA.- Autorización Previa.- Previa autorización por el Procurador General del Estado, podrá aceptarse otra jurisdicción y legislación para la solución de divergencias o controversias relativas a contratos, celebrados por el Estado y las entidades y organismos del sector público con gobiernos, entidades públicas o privadas extranjeras”.*

### **1.3. Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado.**

El artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado dispone:

*“Art. 11.- Del arbitraje y la mediación.- Los organismos y entidades del sector público podrán someterse a procedimientos de arbitraje de derecho y a la mediación nacional o internacional, de acuerdo a lo establecido en la Ley de Arbitraje y Mediación, o en instrumentos*

*internacionales que los faculte, previa la suscripción del respectivo convenio.*

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

#### **1.4. Ley de Arbitraje y Mediación.**

Los artículos 4, 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación disponen, respecto del sometimiento a arbitraje por parte del sector público y respecto del arbitraje internacional, respectivamente, lo siguiente:

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

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

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

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

*“Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:*

- a) Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral, tengan sus domicilios en estados diferentes;*

b) Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,

c) Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad”.

“Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.

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”.

### **1.5. Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación.**

En concordancia con lo anterior los artículos 3 y 4 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, señalan:

“Art. 3.- Arbitraje internacional cuya sede sea en el extranjero.-

1. Las entidades que conforman el sector público, en los contratos que celebren. Podrán pactar arbitraje internacional con sede en el extranjero, previa autorización del Procurador General del Estado.

2. Para la autorización referida en el numeral 1 de este artículo, se deberá observar únicamente que el convenio arbitral no contravenga, en

*materia de arbitraje, la legislación del lugar de la sede escogido. La autorización, por tanto, no calificará la conveniencia o no de su suscripción.*

*Art. 4.- Arbitraje del Estado y entidades del sector público.-*

*1. El Estado y las entidades del sector público definidas en el artículo 225 de la Constitución de la República, podrán someterse a arbitraje nacional o internacional:*

*a. Celebrando un convenio arbitral antes del surgimiento de la controversia:*

*b. Celebrando un convenio arbitral luego del surgimiento de la controversia: o,*

*c. Cuando la ley o un tratado internacional así lo permitan.*

*2. Con arreglo a lo dispuesto en el artículo 190 de la Constitución de la República, se requerirá aprobación previa del convenio arbitral por parte del Procurador General del Estado para el caso referido en el numeral 1) literal b) del presente artículo; o cuando el arbitraje a pactar sea internacional, de conformidad con el artículo 3 de este Reglamento.*

*3. Si el Estado o una entidad del sector público hubiese pactado arbitraje, los árbitros tendrán competencia exclusiva para resolver cualquier disputa sobre los hechos, actos o demás actuaciones administrativas que tengan relación o surjan con ocasión de la relación jurídica sometida a su conocimiento, incluyendo los actos de terminación, caducidad, o sancionadores expedidos en el marco de la relación jurídico contractual, indistintamente del órgano administrativo que los emita”.*

#### **1.6. Código Orgánico General de Procesos.-**

*El Código Orgánico General de Procesos en su artículo 103 establece: “Art. 103.- Efectos. (Reformada por la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018).- Las sentencias, laudos arbitrales y actas de mediación expedidos en el extranjero que hayan sido homologados y que hayan sido pronunciados en procesos contenciosos o no contenciosos tendrán en el Ecuador la fuerza que les concedan los tratados y convenios internacionales vigentes, sin que proceda su revisión sobre el asunto de fondo, objeto del proceso en que se dictaron”.*

*“Nota:*

*La Disposición Derogatoria Segunda de la Ley Orgánica para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal (R.O. 309-S, 21-VIII-2018), establece que se elimine del presente*

*artículo las palabras "laudo arbitral", sin embargo, las palabras existentes en el texto son "laudos arbitrales", por tal motivo, las mismas se encuentran resaltadas y se mantienen en el texto por fidelidad a la publicación en el Registro Oficial".*

### **1.7. Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo.-**

La Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo, aprobada por la Asamblea Nacional en sesión de 19 de diciembre de 2023 y publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 461 el 20 de Diciembre 2023, incorpora el Libro II "CREACIÓN DEL RÉGIMEN PARA LA ATRACCIÓN DE INVERSIONES, A TRAVÉS DE LAS ASOCIACIONES PÚBLICO-PRIVADAS" que regula el marco de estructuración, concurso, celebración, ejecución y demás de los Contratos de Asociación Público Privada y las atribuciones de la Secretaría de Inversiones Público Privadas.

En lo que respecta a solución de controversias en contratos APP, la Ley señala:

*"Art. 53. Cláusula compromisoria: Toda disputa que se genere o surja con relación a los Contratos APP, se resolverá de conformidad con lo pactado por las partes en el Contrato APP. La cláusula compromisoria deberá contemplar los siguientes mecanismos preclusivos de resolución de disputas:*

- a. Negociación directa entre las partes;*
- b. Mediación ante un Centro de Mediación debidamente autorizado;*
- c. Junta Combinada de Disputas, cuando sea aplicable, y,*
- d. Arbitraje*

*Para el caso de conflictos de carácter técnico que surjan durante la fase de diseño, construcción u operación del Contrato, las partes podrán pactar que, previo a acudir a arbitraje, las controversias que no hayan sido resueltas ni por negociaciones directas ni en mediación, se someterán al dictamen de una Junta Combinada de Disputas, la misma que estará conformada por uno o varios técnicos expertos en la materia de la disputa, conforme determine el Reglamento.*

*La composición, forma de reuniones, activación y otras disposiciones necesarias para el funcionamiento de la Junta Combinada de Disputas estarán reguladas en el Reglamento de esta Ley y demás normativas que apruebe el CIAPP. La activación de la Junta Combinada de Disputas no suspenderá la ejecución del Contrato.*

*Artículo 54. Arbitraje.- En el marco de los Contratos APP celebrados entre el Estado y los Gestores Privados, se autoriza y reconoce la posibilidad de*

*pactar arbitraje nacional o internacional, previa autorización de la cláusula compromisoria pro parte del Procurador General del Estado, como mecanismo de resolución de controversias entre las partes.*

*Las partes contratantes podrán acordar expresamente que cualquier disputa o controversia derivada del Contrato APP, incluyendo pero no limitándose a cuestiones relacionadas con la interpretación, ejecución, terminación o nulidad del Contrato; sea sometida a arbitraje nacional o internacional. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en el Contrato APP”.*

En la Disposición General Cuarta de la referida Ley se establece:

*“CUARTA.- Las normas de esta Ley tienen el carácter de orgánica y prevalecerán sobre cualesquiera otras, sea de carácter general o especial, que se opongan a ellas; y, no podrán ser modificadas o derogadas por otras leyes, sino por aquellas que expresamente se dicten para el fin”.*

### **1.8. Reglamento a la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo.-**

El Reglamento a la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo expedida mediante Decreto Ejecutivo No. 157 y Tercer Suplemento del Registro Oficial No.496 de 09 de febrero 2024 reconoce también la posibilidad de someterse al arbitraje como mecanismo de solución de disputas, no solamente en Contratos de Asociación Público-Privada, sino también en Contratos de Inversión, a saber:

*“Art. 58.- Solución alternativa de conflictos.- El contrato de inversión podrá establecer medios alternativos de solución de conflictos, como la mediación y el arbitraje, para resolver las disputas que se susciten entre el Estado y el inversionista. Para la redacción de la cláusula compromisoria se estará a lo dispuesto en la Constitución de la República del Ecuador, la Ley de Mediación y Arbitraje y su reglamento, y los acuerdos internacionales en la materia debidamente ratificados por el Ecuador. Se solicitará aprobación por parte de la Procuraduría General del Estado únicamente cuando se pacte arbitraje internacional, según la ley aplicable”.*

*“Art. 347.- Cláusula Compromisoria.- Toda disputa que se genere o surja con relación al Contrato APP, se resolverá de conformidad con lo pactado por las partes en la cláusula de solución de disputas.*

*Dicha cláusula deberá contemplar los mecanismos escalonados de resolución de disputas previstos en la Ley APP (...).”*

## 1.9. Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones – COPCI.-

El Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones de igual forma reconoce el arbitraje nacional o internacional como vía de solución de controversias en contratos de inversión:

*“Art. (...) Contratos de inversión.- (Agregado por el num. 2 del Art. 37 de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018).- El estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley.*

*Art. (...) Arbitraje.- (Agregado por el num. 2 del Art. 37 de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018).- Para contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley.*

*En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje de conformidad con, entre otras, las siguientes reglas en vigor al momento de la promulgación de esta Ley: (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso.”.*

## 2. Análisis del artículo 422 de la CRE y el resultado de la Consulta Popular en cuanto al reconocimiento del Estado ecuatoriano del arbitraje internacional.-

### 2.1. Del reconocimiento del arbitraje en el Ecuador.-

El arbitraje en el Ecuador no es una figura reciente sino que data de una extensa trayectoria jurídica.

En 1963, se promulgó la Ley de Arbitraje Comercial, la cual regulaba el sistema arbitral como un medio idóneo para la solución de conflictos comerciales.

En el año 1997 se expidió la Ley de Arbitraje y Mediación, debido a un crecimiento importante del arbitraje a nivel internacional, por lo que se planteó la necesidad en el Ecuador de contar con una legislación específica para el adecuado funcionamiento, uso y desarrollo de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) en el país. Así, esta ley especial regula la mediación, la mediación comunitaria y el arbitraje, así como el rol de sus actores. Incorpora también las primeras nociones de lo que engloba un arbitraje internacional y reconoce la validez de los laudos arbitrales extranjeros de la misma manera que los locales.

La Ley de Arbitraje y Mediación, se construyó a partir de la experiencia internacional conforme las mejores prácticas y Ley Modelo de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI) y la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (o coloquialmente Convención de Nueva York).

En 1998, como resultado de la consulta popular propuesta por el entonces presidente, se adoptó una nueva Constitución Política que derogó la de 1979. Así, se reconoció expresamente los métodos alternativos de solución de conflictos en la Carta Magna, concretamente en el artículo 191 de dicho cuerpo que establecía: *"Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos"*.

Diez años más tarde, tras la asamblea constituyente, se adoptó la Constitución de Montecristi en el año 2008. En esta se consagró de manera similar el reconocimiento de los métodos alternativos de solución de conflictos (MASC) en el artículo 190 y adicionalmente se delimitó su ámbito de aplicación *"a materias que, por su naturaleza, se puedan transigir"*; y, **se estableció la necesidad de contar con el pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado en los casos de contratación pública en los cuales el Estado se someta a arbitraje "conforme a las condiciones establecidas en la ley"**.

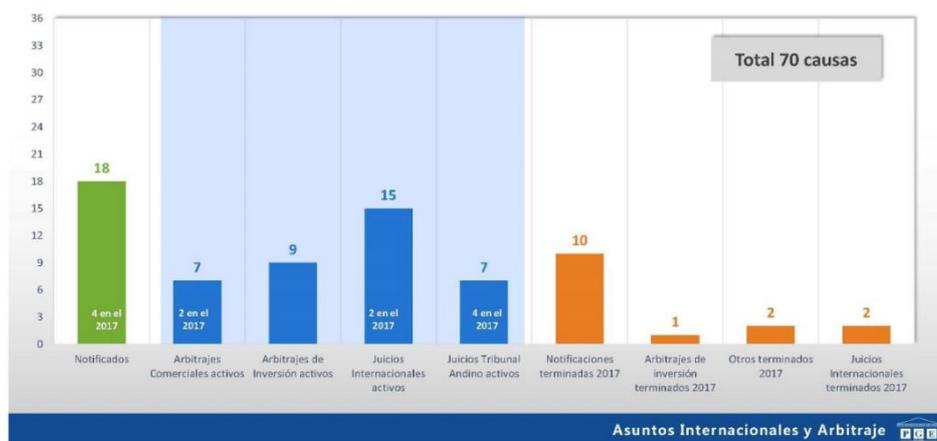
Con el paso del tiempo, los MASC se han ido asentando en el Ecuador, estableciéndose a la fecha más de 20 centros de arbitraje en el país y más de 170 centros de mediación. En el año 2009 con la publicación del Código Orgánico de la Función Judicial, se consagró al arbitraje, la mediación y otros MASC como una forma de servicio público por ser una vía de acceso a la justicia y tutela efectiva de los derechos de las partes.

Por su parte, en el año 2015, con la entrada en vigor del Código Orgánico General de Procesos (COGEP), la regulación de los MASC alcanzó un mayor desarrollo legislativo dentro del sistema procesal ecuatoriano.

A partir de la información pública del informe "Rendición de Cuentas 2017", publicado en la página institucional de la Procuraduría General del Estado de la República del Ecuador, se puede observar que 9 de los 70 casos internacionales corresponden a "arbitrajes de inversión activos". Esto evidencia que las carteras de Estado del gobierno en 2017 mantenían procesos activos de arbitraje internacional.

### Causas Internacionales por estado del proceso

Hasta diciembre de 2017



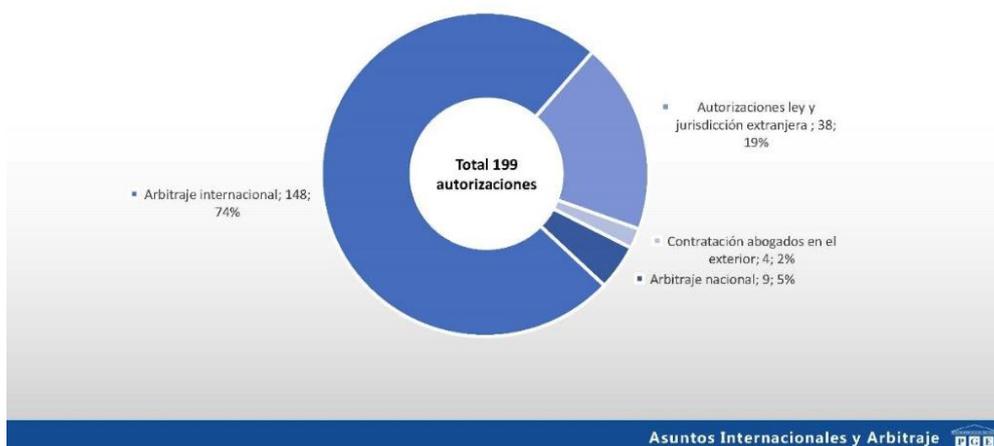
Procuraduría General del Estado. (2017). *Rendición de Cuentas 2017*. [Imagen, p. 30].

[http://www.pge.gob.ec/images/2018/rendicion/PGE\\_RC2017\\_oficio\\_adjunto.pdf](http://www.pge.gob.ec/images/2018/rendicion/PGE_RC2017_oficio_adjunto.pdf)

Adicionalmente, se puede evidenciar que, de un total de 199 autorizaciones emitidas en el año 2017, 148 corresponden a procesos de arbitraje internacional.

## Autorizaciones de arbitraje y de sujeción a jurisdicción y ley extranjera

De enero a diciembre de 2017



Procuraduría General del Estado. (2017). *Rendición de Cuentas 2017*. [Imagen, p. 32]. [http://www.pge.gob.ec/images/2018/rendicion/PGE\\_RC2017\\_oficio\\_adjunto.pdf](http://www.pge.gob.ec/images/2018/rendicion/PGE_RC2017_oficio_adjunto.pdf)

En el año 2021, más de 20 años después de su promulgación, el Ejecutivo expidió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, instrumento que logró zanjar discusiones respecto a la aplicación de la ley.

Así, en el transcurso de la historia desde 1963 en adelante, principalmente tras la promulgación de la Ley de Arbitraje y Mediación, varios cuerpos normativos en diversos sectores han reconocido y recogido la posibilidad de que las partes (públicos o privados, personas naturales o jurídicas) puedan hacer uso los mecanismos alternativos de solución de conflictos en diferentes negocios jurídicos e instrumentos. Por lo que, es evidente que el arbitraje no es una herramienta utilizada al margen de la ley y la Constitución, pues su reconocimiento data como se ha podido evidenciar de varios años atrás.

Por lo que la consulta popular efectuada el 21 de abril de 2024, no pretendía darle vida a este mecanismo, sino puntualizar lo determinado en el artículo 422 en cuanto a la facultad soberana del Estado de pactar arbitraje internacional en tratados bilaterales de inversión y otros instrumentos en los que fuere necesario, la experiencia propia del Estado, al momento de solicitar financiamiento externo, o buscar atracción de inversión extranjera ha evidenciado que el inversionista extranjero opta por un foro de resolución de controversias neutral, por causas prácticas; pues los inversionistas al realizar inversiones en diferentes países deben contar con mecanismos de

solución de controversias en instancias internacionales, pues la inversión se encarece al destinar recursos para tener equipos legales en cada país que invierten.

## **2.2. Del artículo 422 de la Constitución de la República y la necesidad de enmendar la CRE vía Consulta Popular.-**

Como ya se ha mencionado, la redacción del artículo 422 de la Constitución de la República, generó controversia y disparidades en su interpretación y alcance. La Corte Constitucional no ha logrado zanjar esta discusión, tornándose necesario a través de una consulta popular enmendar el texto constitucional.

En este punto resulta necesario entender de dónde surge la problemática en torno al artículo 422 de la CRE, su interpretación y alcance.

La Corte Constitucional se pronunció sobre el artículo 422 de la Constitución en algunas oportunidades. La primera vez en una Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, de 13 de marzo de 2009, donde se analizó únicamente el tercer inciso de artículo. Posteriormente, aunque no realizó una interpretación in abstracto, sí se pronunció sobre la constitucionalidad de varios tratados bilaterales en materia de inversión extranjera suscritos por el Ecuador.

El Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI de la Corte Constitucional, publicado en Suplemento del Registro Oficial No. 359 de 10 de enero de 2011, declaró que el Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones, debía ser denunciado y que su disposición de acudir a arbitraje internacional era inconstitucional, con base en el siguiente razonamiento: *"En líneas generales, ambos artículos [del TBI] establecen [...] que la controversia debe ser solucionada por arbitraje obligatorio a través de Tribunales Arbitrales a petición de las partes contratantes [...]. Así las cosas, la Corte encuentra que ambos artículos atentan la disposición constitucional contenida en el artículo 422, que determina: "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje comercial internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas"*. La Corte repitió el mencionado criterio también en la denuncia de los TBIs que Ecuador suscribió con Francia y Alemania.

Por otro lado, también existen razonamientos de la Corte Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de ciertos TBIs con argumentos sin un análisis profundo, así aquellos suscritos con Bolivia, Perú y China en los que se afirmó que

uno de los aspectos para determinar si el tratado era inconstitucional es si las controversias que derivan de este son de índole comercial. Sin embargo, las decisiones no definen qué debería entenderse por controversia comercial y si este tipo de controversias tiene alguna relación con la materia de inversiones.

En los dictámenes de los TBIs con Canadá, Italia y España, el razonamiento de la Corte Constitucional centró el análisis de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales en el hecho que no era deseable que tribunales arbitrales internacionales dictaminen la responsabilidad del Estado ecuatoriano.

Más adelante, el 16 de agosto de 2018, de conformidad con lo que establece el artículo 156 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Asamblea Nacional del Ecuador, presentó una acción de interpretación constitucional del artículo 422, primer inciso, de la Constitución de la República del Ecuador. (Nro. de Caso: 0002-18-IC).

La pretensión radicaba en la interpretación *“sobre el alcance de la prohibición para que se celebre **tratados**, en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancia de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas, cuando se celebran tratados de protección de inversiones en los que las controversias no son contractuales ni comerciales”*. En dicho caso se presentaron numerosos *Amicus Curiae*, por parte de otros terceros con interés en la causa, a favor y en contra de que el arbitraje internacional implique una cesión de la jurisdicción soberana por parte del Estado, entre los escritos presentados en torno a la incompatibilidad del arbitraje (contenidos en TBI e instrumentos internacionales) con la Constitución, se encuentran los presentados por:

- CAITISA (Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones, que sostuvo que los TBI que permiten el arbitraje inversionista-estado son incompatibles con el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana y que la Constitución en su integralidad es incompatible con el contenido de los TBI que permiten el arbitraje inversionista-Estado.
- Personas naturales: Isabel Guailas, Mireya Copa, Efraín Tacuri, Arturo Vinicio Araujo, Jorge Carabajo, Erick Coronel, René Espinoza, Elizabeth Crespo, Keli Macias, Luis Quilli, Jaime Eugenio, Bryan Quilli, Christian Déleg, Gonzalo Naranjo, Lupe Velasbordo y Juan Quilli, en similar sentido que CAITISA y sostienen que los TBIs son altamente peligrosos y riesgosos para el país. Asimismo, consideran que, bajo los TBIs, se firman contratos con empresas privadas internacionales “que buscan librarse de las leyes, normativa y de nuestra propia Constitución”.

- Alejandro Olmos Gaona, exdelegado del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del gobierno del expresidente Rafael Correa Delgado, quien además formó parte de la CAITISA, en su escrito de amicus curiae sostiene que el artículo 422 de la CRE tiene como fin evitar la sujeción del Estado a soberanías extrañas, que, a su criterio, fueron perjudiciales para la nación.
- Alberto Acosta Espinosa, menciona en su amicus curiae que la finalidad del artículo 422 de la CRE, en concordancia con el artículo 339 de la Constitución, es buscar un sistema que asegure la equidad de condiciones para los inversionistas extranjeros y nacionales.

De igual manera se presentaron diversos amicus curiae en sentido contrario a los antes indicados por parte del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (IEA), centros de arbitraje y mediación, gremios y academia. Así, se toma como referencia el amicus curiae presentado por el IEA que sostuvo:

- El artículo 422 no impide la celebración de tratados bilaterales de inversión ("TBIs") que contengan un capítulo de solución de controversias Estado-inversionistas a través de arbitraje internacional.
- El Estado ecuatoriano no cede jurisdicción soberana al pactar arbitraje internacional como método de resolución de disputas bajo un TBI, al que le es aplicable el Derecho Internacional Público.
- Se analizaron también los términos "controversias contractuales o de índole comercial" y se concluye que las controversias derivadas de un TBI no se enmarcan en dichas categorías, sino que más bien se trata de controversias regidas por el Derecho Internacional Público.
- Respecto de la frase "entre el Estado y personas jurídicas privadas" del artículo 422 de la Constitución. La conclusión es que, si bien las cláusulas arbitrales pactadas en los TBIs generalmente regulan disputas entre el Estado y personas jurídicas privadas, ello no es suficiente para automáticamente considerar que los TBIs se encuentran prohibidos. Esto porque se deben verificar los demás requisitos del artículo 422 de la Constitución.
- El IEA concluye en su amicus curiae que el estándar de prohibición contenido en dicho artículo es alto y, para que opere, deben verificarse todos los requisitos allí establecidos. Así, lo que estaría prohibido es extraordinario y específico, y deben configurarse los siguientes requisitos para enmarcarse en lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución:
  - a. Que se trate de un tratado internacional: los únicos "instrumentos" que son objetos de la prohibición son los tratados internacionales y ninguna otra fuente de Derecho Internacional Público cae dentro de la prohibición. Esta tampoco alcanza a fuente de derecho doméstico alguna (ej. contratos internacionales).

- b. Que el tratado regule disputas “contractuales” o “de índole comercial”: esto es, disputas de derecho doméstico que, por su naturaleza, son distintas a aquellas de Derecho Internacional Público.
- c. Las disputas de Derecho local deben surgir entre el Estado y una parte privada: No se trata de disputas entre dos Estados contratantes/signatarios del tratado, ni tampoco de disputas entre dos partes privadas.
- d. El tratado debe contener una cláusula arbitral (de arbitraje internacional) como método de resolución de las disputas de derecho local, que debe estar acompañada de una renuncia a la jurisdicción de las cortes nacionales: es necesario que el Tratado incorpore una cláusula de resolución de controversias en la que se otorgue consentimiento para que la disputa “contractual” o de “índole comercial” (disputa de Derecho local entre el Estado y partes privadas) sea resuelta por arbitraje internacional, cediendo así “jurisdicción soberana” en el ámbito del derecho doméstico.

Tras el análisis efectuado por la Corte Constitucional, en el dictamen de 12 de enero de 2022, se rechazó la solicitud de interpretación debido a que ésta no tiene por objeto que se asigne un sentido al artículo 422 de la Constitución, sino que busca un pronunciamiento sobre una circunstancia concreta relativa a su aplicación, lo cual, a juicio de dicha Magistratura, es incompatible con la procedencia de una acción de interpretación constitucional.

Una decisión que generó controversia en la comunidad arbitral, fue el dictamen de mayoría expedido por la Corte Constitucional en torno al Acuerdo Comercial entre Ecuador y Costa Rica. Con fecha 1 de marzo de 2023 el Gobierno de Ecuador suscribió el Acuerdo de Asociación Comercial entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica, compuesto de 26 capítulos y tres anexos. Conforme a la Ley le correspondía a la Corte Constitucional emitir el dictamen sobre la constitucionalidad del Acuerdo. Nuevamente, se presentaron diversos *amicus curiae* por parte de instituciones del sector público, academia, gremios e institutos.

La Corte Constitucional en el dictamen declaró, por decisión de mayoría, la inconstitucionalidad parcial del Acuerdo en razón de lo dispuesto en los artículos 11.20 y 15.20 al 15.35.

En lo que corresponde al análisis efectuado se hace referencia a que el artículo 11.20 del Acuerdo preveía como mecanismo de solución de conflictos al arbitraje entre un inversionista y un Estado. A criterio de la Corte Constitucional dicho artículo es contrario al artículo 422 de la CRE en vista de que se celebra un tratado en el que el Estado ecuatoriano cede jurisdicción soberana a

instancias de arbitraje internacional, como el CIADI, en controversias contractuales, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. La Corte señaló que el tratado no se encuadra en la excepción del segundo inciso del artículo ibidem pues no se refiere a un tratado que establezca la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios, por lo que, incurre en la prohibición del primer inciso del artículo 422 de la Constitución.

Adicionalmente, en lo que se refiere a los artículos 15.20 al 15.35 del Acuerdo, incluyendo los anexos 15.28 y 15.26 la Corte Constitucional hace referencia al artículo 422 de la CRE que menciona “prohíbe la celebración de ‘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 [...]”. Conforme se desprende del capítulo 15 del Acuerdo, para la solución de conflictos entre inversionista y Estado se establecen medios alternativos de solución de conflictos. Es así como el mecanismo que se prevé utilizar como medio de última instancia para solucionar un conflicto es el arbitraje entre inversionista y Estado.

En el artículo 15.20 del Acuerdo se indica que un demandante puede someter una reclamación relativa a una inversión de conformidad con tres opciones: (i) un arbitraje ante el CIADI de acuerdo con el Convenio del CIADI –de conformidad con las Reglas de Arbitraje del CIADI o el Reglamento del Mecanismo Complementario del CIADI–, (ii) un arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (CNUDMI); y (iii) un arbitraje ad-hoc o “ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje”.

La Corte Constitucional hizo una interpretación extensiva del artículo 422 y abunda respecto del espíritu del constituyente que radica en “*una voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales*”. También agregó, respecto de las discusiones de la mesa 9 de la asamblea constituyente, que evitar los arbitrajes internacionales “*nos permitiría a los ecuatorianos recuperar soberanía’ ya que estos fuerzan al Estado ecuatoriano a ‘aceptar condiciones de inversión que sean lesivos para la vida, para la salud y para la naturaleza’*”. Para finalmente concluir que el espíritu del artículo es “**rechazar el arbitraje que se presenta entre el Estado y personas de derecho privado [...] no de las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales**” (el énfasis es nuestro).

La Corte Constitucional señaló que procedió a evaluar si por medio del artículo 15.20 y siguientes del Acuerdo, se cumplen los siguientes elementos del artículo 422 de la Constitución para que se configure la prohibición establecida en dicho artículo y concluye que resulta evidente que el Acuerdo con Costa Rica es un tratado internacional y que en efecto se han reunido los requisitos para que proceda tal prohibición al ceder jurisdicción soberana a instancias del arbitraje internacional.

La Corte en su dictamen de constitucionalidad desechó los amicus curiae manifestando que *"resulta imperante señalar que la concurrencia de todos los requisitos en la interpretación que sugieren los amicus curiae tendría como consecuencia que el artículo 422 de la CRE no tenga un efecto útil. O, en todo caso, se defraudaría la real intención del constituyente"*. Y reitera que la sección B del capítulo 15 relativa a inversiones incurre en la prohibición del primer inciso del artículo 422 de la Constitución.

Salvaron su voto, las juezas Teresa Nuques, Karla Andrade, Carmen Corral, Daniela Salazar, quienes acertadamente señalaron:

- Primero, el Acuerdo de Asociación Comercial entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica, al ser un documento jurídico celebrado entre dos Estados y al establecer derechos y compromisos para las partes que lo suscriben, bajo las reglas de la Convención de Viena, ciertamente es un instrumento internacional, por lo que se cumple el requisito i).
- Segundo, no se evidencia que, a través del Acuerdo, el Estado ecuatoriano ceda "jurisdicción soberana". Esto, en tanto que el ordenamiento jurídico doméstico del Ecuador ha determinado de manera expresa que se deberá pactar arbitraje para la resolución de controversias relativas a inversiones. Así, es el artículo innumerado primero del COPCI, posterior al artículo 16.2, el cual ordena que el *"estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley"*. Por consiguiente, a diferencia de lo razonado en el dictamen de mayoría, el Estado ecuatoriano no somete a arbitraje sus conflictos de inversiones, producto del Acuerdo in examine - instrumento internacional-, sino que es una obligación previa ya contenida con anterioridad en el ordenamiento jurídico del Ecuador.
- Entonces, si se parte de una definición de soberanía como el ejercicio de autoridad que se ejerce en un territorio, la cual de conformidad con el artículo 1 de la CRE reside en el pueblo y se ejerce de forma directa y a

través de sus representantes; **se verifica que ha sido la Asamblea Nacional del Ecuador, órgano de representación democrática del Estado ecuatoriano, la que ha determinado al “arbitraje (...) internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley”**. Es decir, ha sido el propio Ecuador en ejercicio de sus potestades soberanas –legislativa– el que ha establecido este método alternativo de solución de conflictos.

- De ahí que, incluso, en el supuesto de que el Estado ecuatoriano no hubiese celebrado el Acuerdo sub iudice con la República de Costa Rica, su obligación de acudir a instancias de arbitraje de inversión ya se encontraba dispuesta en su propia legislación. De hecho, esta es una de las principales razones por las cuales este Organismo en el dictamen 5-21-TI/21 declaró que el Convenio sobre arreglo de diferencias relativas a inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados no atribuía competencias propias del ordenamiento jurídico interno a otros órganos.
- Por último, es pertinente destacar que la mera existencia de una jurisdicción convencional no implica la cesión de soberanía estatal, puesto que el arbitraje ha sido reconocido por la CRE, como un método alternativo de solución de conflictos con plena eficacia y validez jurídica. De hecho, la norma constitucional admite expresamente la posibilidad de que los órganos estatales acuerden un convenio arbitral *“en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley”*. Las juezas se abstienen de continuar con el escrutinio de los requisitos subsiguientes y descartan que se contravenga el artículo 422 de la CRE.

Los hechos mencionados han generado una recurrente vulneración al derecho a la seguridad jurídica, elemento esencial de un Estado de Derecho, lo que definitivamente afecta la atracción y estabilidad de la inversión extranjera directa, limitando el ejercicio del principio de autonomía de la voluntad de las partes para escoger el foro de resolución de conflictos adecuado a la naturaleza de la relación jurídica.

#### **4.3. De los resultados de la Consulta Popular en cuanto al reconocimiento del arbitraje internacional y sus implicaciones en la práctica.-**

La pregunta planteada, en el Referéndum sobre el reconocimiento por parte del Estado del arbitraje internacional como método para solucionar controversias en diversos ámbitos y de esta forma enmendar la redacción del artículo 422 de la CRE en el sentido que el Estado pueda celebrar tratados o suscribir instrumentos internacionales que contemplen como foro de solución de

controversias el arbitraje internacional en diversas materias: inversión, contratos, materia comercial y deuda externa, tenía como fundamento lo siguiente:

1. Guardar armonía con el artículo 190 de la Constitución, por lo cual se propuso el texto para enmendar el artículo 422 de la CRE.
2. Respalda el principio de autonomía de la voluntad de las partes, el texto propuesto no implicaba una disposición u obligatoriedad de que el Estado EN TODOS SUS CONTRATOS, INSTRUMENTOS O TRATADOS se someta al arbitraje, **por el contrario**, respeta el concepto de que los Estados y las personas naturales y jurídicas, públicas y privadas, gozan de las libertades, derechos y garantías necesarias para pactar la vía de solución de controversias que consideren pertinentes y adecuadas, en el marco de la ley y del respeto al principio de autonomía de la voluntad, piedra angular de la jurisdicción convencional.
3. Reafirmar el ejercicio de la potestad soberana del Estado, dando la posibilidad de que el Estado pueda o no optar por el arbitraje como mecanismo de solución de conflictos en diversas materias, lo cual se podrá analizar caso por caso. Es decir, no limita el ejercicio de la soberanía por parte del Ecuador.
4. Crear un ecosistema atractivo para la inversión, con la enmienda constitucional al artículo 422 se buscaba influir de forma positiva en la percepción de los inversionistas actuales y posibles inversionistas, evidenciando los esfuerzos del Estado ecuatoriano en su conjunto (Función ejecutiva, legislativa y judicial), de garantizar el derecho a la seguridad jurídica, la independencia en la justicia, el respeto a las libertades en el marco de la Ley, que han amenazado por años la estabilidad de las inversiones en el Ecuador y la relación de buena fe y transparencia que debe regir en las relaciones entre Estado e inversionista.
5. Contar con estos mecanismos, ejerciendo una representación y supervisión responsable por parte de los Estados en torno a los tratados, contratos y demás instrumentos que se suscribieren, garantizan fuentes de empleo directos e indirectos, dinamización de la economía y encadenamiento productivo, todo lo cual debe tener un enfoque de bienestar para la sociedad en general.

Al respecto, conforme lo mencionado en el presente documento el reconocimiento del arbitraje en el Ecuador ya está contemplado en la Constitución y la ley. El alcance de la pregunta de enmienda constitucional sobre el arbitraje internacional estaba delimitado en el texto de la pregunta, sus considerandos y anexos, por tanto, concluir que en virtud de los resultados de la mencionada consulta el arbitraje internacional se torna inexistente o prohibido en el Ecuador.

Se reitera, el objetivo de la Pregunta D fue reformar el artículo 422 de la Constitución y eliminar la prohibición existente para incluir un texto por el que el Estado ecuatoriano estaría autorizado a celebrar Tratados Bilaterales de Inversión (TBIs) que incluyan convenios arbitrales para la resolución de las disputas relativas a inversiones. Esta intención se exponía claramente en el anexo de la pregunta.

### **Diferencia entre el arbitraje internacional inversionista-Estado, del arbitraje contractual.**

Los TBIs están sujetos al Derecho Internacional Público, y, en tal virtud otorgan a los inversionistas de los estados signatarios estándares de protección de inversiones superiores a los otorgados bajo las legislaciones domésticas. Las cláusulas de arbitraje que se incorporan en estos instrumentos habilitan a los inversionistas de los estados signatarios a demandar en arbitraje al estado receptor de la inversión para tutelar sus derechos bajo el Derecho Internacional.

De otro lado, los contratos que celebran los inversionistas con las entidades del Estado ecuatoriano (Ej.: Contratos de Inversión), están sujetos al derecho ecuatoriano y otorgan las protecciones que la legislación ecuatoriana establezca. En este caso el sometimiento de arbitraje internacional en estos contratos, permiten que una parte demande a la otra por incumplimientos originados de dichos contratos, bajo la ley aplicable, esto es, la ley ecuatoriana.

El resultado de la Consulta Popular sobre la pregunta D es que el artículo 422 de la Constitución de la República, se mantiene intacto. Sin perjuicio de que se puedan impulsar otras acciones de interpretación en relación con dicho artículo o vinculado a sus efectos, ante la Corte Constitucional o se impulse una nueva consulta popular o un proceso de enmienda constitucional ante la Asamblea.

En cuanto a la pregunta de sí ¿El Estado ecuatoriano puede pactar arbitraje internacional? la respuesta es sí. Como se ha podido evidenciar, la constitución de la República del Ecuador, la Ley de Arbitraje y Mediación, el Código Orgánico de la Producción, Comercio Exterior e Inversiones, la Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo prevén que el arbitraje siga siendo una opción para los contratos de inversión, contratos de asociación público-privada, entre otros.

Respecto al sometimiento al arbitraje internacional en tratados bilaterales de inversión, se mantiene la prohibición, aunque se hace notar que el mismo artículo 422 prevé excepciones, a saber: *“Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre*

*Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.*

El resultado de la Consulta Popular sobre la Pregunta D, no tiene como efecto la modificación de la legislación vigente aplicable al arbitraje, por tanto no hay afectación ni relación respecto de las cláusulas arbitrales pactadas respecto de contratos celebrados con el Estado y sus entidades bajo el derecho doméstico (la ley ecuatoriana).

## **5. Análisis del Proyecto de Ley para el Cumplimiento de la Voluntad Popular Expresada en la Consulta Popular y Referéndum del 21 de Abril de 2024 en lo relativo a la Prohibición del Arbitraje Internacional.-**

Una vez analizados los antecedentes y resultados de la Consulta Popular, se procede a analizar el proyecto de Ley propuesto, a continuación:

### **5.1. Exposición de motivos y considerandos.-**

Los proponentes del proyecto de Ley, en la exposición de motivos reconocen expresamente que la Constitución de la República consagra los mecanismos alternativos de solución de conflictos como son el arbitraje y la mediación.

La fundamentación para el desarrollo de una norma que se encuentra en su parte considerativa debe guardar relación y consonancia con la normativa que se encuentra vigente, por lo que se sugiere incorporar la referencia del artículo 190 de la Constitución de la República, por medio del **cual, se reconoce expresamente al arbitraje y la mediación como mecanismos alternativos de solución de conflictos.**

Este artículo consagrado en la constitución, no debe ser obviado por los proponentes, toda vez que en caso de presentar una reforma legal, está estaría de forma expresa contraviniendo una disposición constitucional.

Respecto del último considerando, se hace una observación, pues el Estado ecuatoriano tras un laudo condenatorio o desfavorable, debe cumplir con su obligación de pago, el no hacerlo atentaría no solamente a los principios básicos del derecho procesal, del sistema arbitral y del Derecho Internacional Público, sino también a los principios elementales del derecho como lo es el principio de irretroactividad de la norma. Así, el artículo 6 el Código Civil señala: “Art. 6.- La ley entrará en vigencia a partir de su promulgación en el Registro

*Oficial y por ende será obligatoria y se entenderá conocida de todos desde entonces".*

## **6. Comentarios al articulado del Proyecto de Ley.-**

Respecto el articulado del proyecto de ley que se examina, constan a continuación los desglosados por artículo con su respectivo comentario:

**Artículo. 1.-** Deróguese los dos artículos innumerados ubicados a continuación el artículo 16.2 del Código de la Producción, Comercio e Inversiones.

**Comentario:** El Código de la Producción, Comercio e Inversiones – COPCI- señala en los artículos innumerados que se propone derogar, lo siguiente:

*"Art. (...) Contratos de inversión.- (Agregado por el num. 2 del Art. 37 de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018).- El estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión, de conformidad con la Ley.*

*Art. (...) Arbitraje.- (Agregado por el num. 2 del Art. 37 de la Ley s/n, R.O. 309-S, 21-VIII-2018).- Para contratos de inversión que superen los diez millones de dólares de los Estados Unidos de América, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho, de conformidad con la ley.*

*En el caso en el que el Estado pacte arbitraje internacional en derecho, el contrato de inversión hará referencia a que toda controversia resultante de la inversión o del contrato, su incumplimiento, resolución o nulidad, será resuelta, a elección del reclamante, mediante arbitraje de conformidad con, entre otras, las siguientes reglas en vigor al momento de la promulgación de esta Ley: (i) Reglamento de Arbitraje de la CNUDMI - Naciones Unidas administrado por la Corte Permanente de Arbitraje de la Haya (CPA); (ii) Reglamento de Arbitraje de la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional con sede en París (CCI); o, (iii) Comisión Interamericana de Arbitraje Comercial (CIAC). Las reglas de arbitraje de emergencia no se aplicarán en ningún caso."*

Los proponentes deben presentar una justificación razonada, en derecho para sugerir la derogatoria de tales disposiciones.

Para el efecto es preciso hacer una distinción entre el arbitraje internacional de inversión y el arbitraje internacional comercial o que se deriva de un contrato, ya que, estos presentan marcadas diferencias: (i) la materia sobre la que versa el arbitraje; (ii) el arbitraje de inversiones se rige por el Derecho Internacional Público, mientras que en el arbitraje que proviene de un contrato con el Estado

se aplica la legislación que hubieren pactado las partes. El artículo 422 no se refiere a cualquier tipo de arbitraje sino a aquel derivado de los instrumentos internacionales que serían los tratados bilaterales de inversión.

La pregunta D de la Consulta Popular no tenía como objeto modificar el marco normativo en torno al arbitraje internacional en general, sino enmendar el texto del artículo 422. Por lo tanto, **el resultado de que la ciudadanía no haya aceptado tal pregunta se reduce a que el artículo 422 se mantenga de la forma en la que se encuentra redactado.**

Por lo tanto, este resultado no puede considerarse como una manifestación de la intención de la ciudadanía de prohibir el arbitraje internacional en todo tipo de contratos que suscribiere el Estado ecuatoriano; pues tal aseveración contradice expresamente lo previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República.

**Artículo 2.-** Deróguese la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley para el Fomento Productivo, Atracción de Inversiones y Generación de Empleo y en consecuencia realícese las siguientes modificaciones:

1. Reestablézcase la redacción original de los artículos 102 a 106 del Código Orgánico General de Procesos, publicada en el Suplemento del Registro Oficial No. 506 de 22 de mayo de 2015; y,
2. Reestablézcase el artículo 27 del Código Orgánico de la Producción, comercio e Inversión – COPCI con el siguiente texto:  
*“Art. 27.- Resolución de conflictos.- En los contratos de inversión con inversionistas extranjeros se podrán pactar cláusulas arbitrales para resolver las controversias que se presenten entre el Estado y los inversionistas.*

*Las controversias entre un inversionista extranjero con el Estado ecuatoriano, que se hubieren agotado completamente por la vía administrativa, intentarán solucionarse de manera amistosa, con diálogos directos por un término de sesenta días. Si no se llegase a una solución directa entre las partes deberá existir una instancia obligatoria dentro de los tres meses siguientes a la fecha de inicio formal de las negociaciones directas.*

*Si luego de esta instancia de mediación la controversia subsiste, el conflicto podrá ser sometido a arbitraje nacional o internacional por instancias arbitrales regionales con sede en América Latina. Las decisiones de estos tribunales arbitrales serán en derecho, la legislación aplicable será la ecuatoriana y los laudos serán definitivos y obligatorios*

*para las partes, y su ejecución y homologación tendrá lugar de conformidad con la ley.*

*Si luego del término de seis meses de agotada la vía administrativa, las partes no han llegado a un acuerdo amistoso, ni la hubieran sometido a jurisdicción arbitral para la solución de sus conflictos, la controversia se someterá a conocimiento de la justicia ordinaria nacional. No se someterán a arbitraje los asuntos tributarios".*

**Comentario 1:** Sobre la propuesta de reestablecer el texto "original" de los artículos 102 a 106 del Código Orgánico General de Procesos, el requisito de homologar los laudos arbitrales extranjeros fue suprimido con la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley para Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal promulgada en el Registro Oficial 309 de 21 de agosto de 2018.

Adicionalmente, el artículo III de la Convención sobre el Reconocimiento y la Ejecución de las Sentencias Arbitrales Extranjeras de 1958 (Convención de Nueva York), de la que el Ecuador forma parte, establece expresamente: "*Para el reconocimiento o la ejecución de las sentencias arbitrales a que se aplica Convención, **no se impondrán condiciones apreciablemente más rigurosas, ni honorarios o costas más elevados, que los aplicables al reconocimiento o a la ejecución de las sentencias arbitrales nacionales***" (el énfasis nos pertenece).

El efecto de esto sería retrotraer la norma a un texto anterior que deriva en trabas al reconocimiento de la validez y ejecución de los laudos arbitrales internacionales, lo cual genera una afectación a la seguridad jurídica, pero sobre todo deteriora la imagen del Estado ecuatoriano de todos sus poderes, proyectando al inversionista una imagen de incertidumbre jurídica, un irrespeto a la garantía del debido proceso y elemento sustancial para la atracción, mantenimiento y concreción de la inversión en el país, pero sobre todo contraviene lo dispuesto en el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación que dispone que "*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*" (el énfasis es nuestro); y, vulnera abiertamente instrumentos internacionales de los que el Ecuador forma parte como lo es la Convención de Nueva York.

La Corte Constitucional en Sentencia Nro. 3232-19-EP/24 de 9 de mayo de 2024, analizó posibles vulneraciones a los derechos a la seguridad jurídica y a la tutela judicial efectiva, en el auto de inadmisión de una demanda de ejecución de laudo arbitral extranjero y en una sentencia de apelación sobre aquel, que resolvieron exigiendo como requisitos la homologación del laudo extranjero

previo a su ejecución y la presentación de una razón de ejecutoria del laudo extranjero, con base en el análisis de la normativa vigente, la Convención de Nueva York y los argumentos esgrimidos por las partes, se aceptó la demanda al constatar vulneraciones a dichos derechos. Así, la Corte Constitucional señaló, entre otros: *“Con base en lo expuesto, se evidencia que la Corte Provincial inadmitió la demanda de la accionante para la ejecución de un laudo extranjero, interpretando de forma aislada la disposición del numeral 5 del artículo 363 del COGEP, sin observar en su integralidad el sistema normativo vigente para el acceso a esta ejecución —sin homologación previa— y, consecuentemente, le exigió un requisito irrazonable, porque su procedimiento fue eliminado del ordenamiento jurídico ecuatoriano, lo cual impide el acceso a la administración de justicia para ejecutar una decisión jurisdiccional previamente obtenida, que según el mismo ordenamiento jurídico debe ser ejecutada “de la misma forma” que los laudos nacionales”*.

**Comentario 2:** Sobre la propuesta de reestablecer el artículo 27 del COPCI con el texto referido en el proyecto de ley que se analiza, se debe mencionar que las reformas legales deben responder a una necesidad del Estado y la ciudadanía, como son el desarrollo y la inversión extranjera lo cual mejora la economía del país y fomenta una mejora en las condiciones de vida de la ciudadanía en general.

Es importante recordar que cuando se insertaron los artículos innumerados que hoy se proponen derogar, la función legislativa, el ente rector del comercio exterior y las inversiones, representantes del sector privado, expertos en la materia y academia hicieron un esfuerzo importante por construir un texto que satisfaga la necesidad de **construir un ecosistema atractivo para las inversiones**.

El incorporar cláusulas escalonadas para la resolución de conflictos, en contratos de inversión (u otros que suscribiere el Estado), es viable ya que no está limitado por la ley; y, sin duda constituye un elemento que deben las partes involucradas sopesar al momento de redactar el contrato. En el caso de que los señores legisladores, aunque no lo han justificado, hubieren resuelto tras el análisis correspondiente que un procedimiento escalonado puede generar beneficios para las partes en la búsqueda de soluciones para eventuales controversias, desde luego es una opción válida que se debe discutir en el proceso de formación de ley y entre los diferentes actores que tienen una voz en la materia.

Es importante señalar, que los procesos escalonados no deben ser exageradamente rígidos pues pueden ocasionar el efecto contrario: devenir en incumplimiento de plazos o términos, atentar a la naturaleza flexible y comercial del arbitraje y los métodos alternativos de solución de conflictos, reducir

opciones de instituciones arbitrales especializadas y ocasionar dilaciones innecesarias en la búsqueda de soluciones.

Respecto del uso de los MASC en materia tributaria, se debe señalar que el 29 de noviembre de 2021 fue publicada en el tercer suplemento del Registro Oficial 587 la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia COVID-19. El artículo 79 de dicha norma legal agregó, a continuación del artículo 56 del Código Tributario la Sección 6ta (que trata sobre la transacción en materia tributaria), diversas normas que reconocen a la transacción como mecanismo válido en materia tributaria para precaver disputas legales. Así mismo, los artículos 80 y 81 de la misma Ley agregaron la transacción en materia tributaria como una facultad adicional del sujeto activo de la obligación tributaria.

Por su parte, el Reglamento a la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19 publicado en el segundo suplemento del Registro Oficial 608, de 30 de diciembre de 2021 estableció las reglas de aplicación de la transacción en materia Tributaria.

El reconocer la transigibilidad en materia tributaria, supuso un avance importante en la legislación ecuatoriana y permitió al Estado recaudar obligaciones de carácter tributario de varios años a través de acuerdos de mediación, permitiendo así también que los sujetos pasivos puedan cumplir con dichas obligaciones mediante un esquema de pagos flexible.

El reconocimiento de la transacción en materia tributaria a través de la Ley Orgánica para el Desarrollo Económico y Sostenibilidad Fiscal tras la Pandemia Covid-19 avivó la discusión sobre la arbitrabilidad en materia tributaria. Así, la arbitrabilidad objetiva hace referencia a las materias o derechos susceptibles de ser sometidos a arbitraje. Si bien en el Ecuador no hay norma expresa acerca del arbitraje en materia tributaria, el reconocimiento de que ciertos conflictos en esta rama pueden ser susceptibles de transacción, abre la puerta para que las partes puedan acceder a tal mecanismo.

En otros países, el arbitraje en materia tributaria se viene dando de manera exitosa. Tal es el ejemplo de Portugal, que incorporó en su legislación el arbitraje en materia tributaria, a través del Decreto Ley No. 10/2011, de 20 de enero de 2011. Este decreto tiene tres objetivos principales

1. Fortalecer la tutela efectiva de los derechos de los contribuyentes.
2. Promover la celeridad en la resolución de disputas entre la administración y el contribuyente, y;
3. Reducir la tramitación de casos en los tribunales administrativos y fiscales.

Con el propósito de cumplir con esas expectativas, se establece un plazo de seis meses para la emisión de la decisión arbitral, con la posibilidad de una prórroga que no exceda nunca de dicho periodo.

Por lo expuesto, resulta necesario analizar con detenimiento y a las luces de la experiencia de otros países si resulta conveniente prohibir de raíz el uso de los MASC en materia tributaria, particularmente del arbitraje o estaría causándose un perjuicio al Estado al prohibir el sometimiento al arbitraje tributario cuando podría ser una solución para la recaudación de obligaciones en un tiempo inferior.

**Art. 3.-** Refórmese el artículo 126 de Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas, de la siguiente manera:

*“Art. 126.- Destino del endeudamiento.- Las entidades del sector público que requieran operaciones de endeudamiento público lo harán exclusivamente para financiar:*

1. Programas
2. Proyectos de Inversión
  - 2.1. Para infraestructura; y,
  - 2.2 Que tengan capacidad financiera de pago.

3. Refinanciamiento de deuda pública externa o renegociación de deuda pública interna en condiciones más beneficiosas para el país.

*No podrá financiarse con endeudamiento el pago de laudos emitidos por tribunales de arbitraje internacional en contra del Estado ecuatoriano.*

*Se prohíbe el endeudamiento para gasto permanente. Con excepción de los que prevé la Constitución de la república, para salud, educación y justicia; previa calificación de la situación excepcional, realizada por la Presidenta o el Presidente de la República”.*

**Comentario:** El Ecuador en su legislación interna reconoce el carácter de cosa juzgada de los laudos arbitrales en firme (ejecutoriados) sean estos locales o internacionales. El Acuerdo Ministerial No. 059 del año 2020 expedido por el Ministerio de Economía y Finanzas, regula el procedimiento administrativo interno para dar cumplimiento a dichas obligaciones.

Si bien al Estado ecuatoriano le asiste la inmunidad de ejecución que al igual que la inmunidad soberana, dichos conceptos se derivan del principio de igualdad soberana de los Estados en el derecho internacional, caracterizado por la máxima *par in parem non habet imperium*, el Ecuador ha demostrado seriedad en el cumplimiento de las obligaciones emanadas de laudos arbitrales ejecutoriados.

Hoy en día, el concepto de inmunidad funcional prevalece en el derecho internacional consuetudinario, según el cual, los bienes de un Estado extranjero que no se utilizan para fines oficiales del Estado (*acta jure imperii*) no estarían cubiertos por inmunidad contra la ejecución o medidas de restricción.

Los bienes estatales que están protegidos por inmunidad soberana de ejecución, generalmente abarcan:

- bienes (incluidas cuentas bancarias) utilizados con fines diplomáticos y consulares;
- propiedad militar;
- cuentas del banco central;
- bienes que formen parte del patrimonio cultural del Estado; y
- Bienes que forman parte de una exposición de objetos de interés científico, cultural o histórico.

Precisamente, las limitaciones a la embargabilidad y ejecución de los bienes estatales está dada por la legislación ecuatoriana en diversos cuerpos.

En función de lo mencionado, el derecho internacional y la legislación interna de cada país generan una limitación a la ejecución de laudos internacionales y sentencias extranjeras sobre los bienes de propiedad del Estado, así como una delimitación de la inembargabilidad de los bienes del Estado, según su finalidad y uso.

Teniendo en cuenta las estadísticas que reflejan el nivel de cumplimiento del Estado Ecuatoriano de las obligaciones y condenas establecidas en laudos arbitrales que han resultado desfavorables para este país; así como de las normas del ordenamiento jurídico ecuatoriano que hacen referencia a la ejecución de laudos y sentencias extranjeras y al cumplimiento de las obligaciones que se emana de ellos, se puede observar que el Ecuador demuestra un comportamiento permanente y serio orientado al cumplimiento de dichas obligaciones.

Al proponer la reforma al artículo 126 del Código de Planificación y Finanzas Públicas en el pretendido sentido, se generaría una legítima preocupación por parte de los contratistas del Estado y potenciales inversionistas respecto de la seriedad del Ecuador en caso de tener que responder ante un incumplimiento declarado en un laudo arbitral ejecutoriado. Por lo tanto, es menester que los señores legisladores, analicen de forma técnica y objetiva la pertinencia de incluir este tipo de reformas legales que pueden ocasionar una amenaza directa a la inversión. De tal suerte que al prescribir que no se pueda financiar con endeudamiento el pago de laudos emitidos por tribunales de arbitraje

internacional contra el Estado ecuatoriano, se establezca la forma en la que se daría cumplimiento a tales obligaciones de haberlas.

**Art. 4.-** Agréguese la Disposición General Trigésimo-Tercera al Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas con el siguiente texto:

*“Trigésimo Tercera: No se podrá destinar, en el Presupuesto General del Estado, recursos para el pago de laudos emitidos contra el Estado ecuatoriano en procedimientos de arbitraje internacional, mientras estos no hayan sido reconocidos por el juez competente, de conformidad con el procedimiento de reconocimiento de laudos previsto en el Código Orgánico General de Procesos”.*

**Comentario:** El análisis efectuado en los acápites precedentes respecto de los artículos 2 (comentario 1) y artículo 3, resulta aplicable también al artículo 4 del proyecto de Ley.

**Artículo 5.-** Refórmese el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la siguiente manera:

*“(…) Art. 41.- Sin perjuicio de lo dispuesto en tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando, tengan sus domicilios en estados diferentes **y se realicen conforme a las condiciones, prohibiciones y excepciones dispuestas en el artículo 422 de la Constitución de la República**”.*

**Comentario:** El análisis efectuado en el acápite respecto del artículo 1 del proyecto de ley, es aplicable también al artículo 5. Se insiste en que el efecto del resultado de la pregunta D de la Consulta Popular es que se mantiene la redacción del artículo 422 de la Constitución de la República como consta en la actualidad.

Como ya se mencionó, el arbitraje inversionista-Estado y el arbitraje comercial internacional o aquel que deviene de una relación contractual con el Estado, mantienen diferencias sustanciales entre sí y por tanto no se puede aplicar de forma general el texto del artículo 422 a todos estos tipos de procedimientos, más aún habida cuenta del artículo 190 de la Constitución de la República y de los artículos 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación.

**Artículo 6.-** Refórmese el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación de la siguiente manera:

*“Art. 42.- El arbitraje internacional quedará regulado por lo dispuesto en la Constitución de la República, los tratados, convenciones, protocolos y demás actos de derecho internacional suscritos y ratificados por el Ecuador.*

*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, **bajo las condiciones, prohibiciones y excepciones señaladas en el artículo 422 de la Constitución de la República.***

*Para que el Estado o las instituciones del sector público puedan someterse al arbitraje internacional se estará a lo dispuesto en la Constitución y las 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, **el cual se sujetará a lo señalado en el artículo 422 de la Constitución de la República.***

**Los laudos arbitrales dictados dentro de un procedimiento de arbitraje internacional tendrán que seguir el proceso de reconocimiento y homologación contemplado en la ley para que surtan efecto y puedan ser ejecutados en el país”.**

**Comentario:** El análisis aplicable a los artículos 1, 2 y 5 del proyecto de Ley, son aplicables al artículo 6 del referido proyecto. El artículo 190 de la Constitución de la República determina *a priori* los casos en los que se requiere el pronunciamiento favorable del Procurador General del Estado para el sometimiento al arbitraje.

Dichos casos se especifican en los artículos 4, 41 y 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación; la Disposición General Quinta del Código Orgánico de Planificación y Finanzas Públicas y el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado. Adicionalmente, como fue mencionado, el requisito de homologar los laudos arbitrales extranjeros fue suprimido con la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley para Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal promulgada en el Registro Oficial 309 de 21 de agosto de 2018 y no hay un sustento para volver sobre una disposición que ya fue derogada.

No se comprende la pertinencia de la reforma propuesta, al contrario, se observa un error conceptual en torno a los diversos tipos de arbitraje, que podrían conllevar la inobservancia de lo dispuesto en el artículo 190 de la Carta Magna y la contravención de la Convención de Nueva York de la que el Ecuador forma parte.

**Artículo 7.-** Refórmese el artículo 363 del Código General del Procesos de la siguiente manera:

*“Art. 363.- Títulos de ejecución. - Son títulos de ejecución los siguientes:*

1. La sentencia ejecutoriada.
2. El laudo arbitral
3. El acta de mediación.
4. El contrato de prenda y contratos de venta con reserva de dominio.
5. La sentencia, el laudo arbitral **emitido conforme lo dispuesto en la Constitución de la República**, o el acta de mediación expedidos en el extranjero homologados conforme con las reglas de este Código.
6. La transacción, aprobada judicialmente, en los términos el artículo 235 del presente Código.
7. La transacción, cuando ha sido celebrada sin mediar proceso entre las partes.
8. El auto que aprueba la conciliación parcial, en caso de incumplimiento de los acuerdos aprobados.
9. El auto que contiene la orden de pago en el procedimiento monitorio, ante la falta de oposición del demandado.
10. La hipoteca abierta o cerrada
11. Las demás que establezca la ley

*Las y los juzgadores intervendrán directamente en la ejecución de los laudos arbitrales y las actas de mediación. Además, ejecutarán las providencias preventivas ordenadas por los tribunales de arbitraje nacionales o internacionales, **siempre que se sujeten a las condiciones, prohibiciones y excepciones establecidas en el artículo 422 de la Constitución de la República**”.*

**Comentario:** Se hace notar, una vez más, que el requisito de homologar los laudos arbitrales extranjeros fue suprimido con la Disposición Derogatoria Segunda de la Ley para Fomento Productivo, Atracción de Inversiones, Generación de Empleo y Estabilidad y Equilibrio Fiscal promulgada en el Registro Oficial 309 de 21 de agosto de 2018.

El establecer trabas adicionales para el reconocimiento y ejecución de laudos

arbitrales expedidos por tribunales internacionales, contraviene la Convención de Nueva York y el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación. Si se desconoce este marco normativo y sus principios para la ejecución de laudos extranjeros, el Ecuador como estado parte de la Convención de Nueva York estaría violando el derecho internacional público y además estaría violentando su propia ley.

Adicionalmente, sobre la ejecución de actas de mediación suscritas en el extranjero, es relevante mencionar que mediante Decreto Ejecutivo No. 1016 de 9 de marzo de 2020, el Ecuador ratificó la Convención de las Naciones Unidas Sobre los Acuerdos de Transacción Internacionales Resultantes de la Mediación (Convención de Singapur). Dicho instrumento, obliga a los países signatarios a hacer cumplir los acuerdos a los que las partes hubieren arribado vía mediación. El artículo 1 de la Convención de Singapur determina su ámbito de aplicación a los acuerdos comerciales y de carácter "internacional", esto es, i) que al menos dos de las partes tengan establecimiento en diferentes estados; o ii) se cumple una parte sustancial de las obligaciones del contrato en otro Estado distinto al del establecimiento de las partes; o iii) el Estado que está más estrechamente vinculado al objeto del acuerdo no es el del establecimiento de las partes.

El mismo artículo 1 señala que no aplicarán estas disposiciones a los acuerdos transaccionales aprobados por un órgano judicial ni que puedan ejecutarse como una sentencia o laudo arbitral, en cuyo caso, serán aplicables las disposiciones de derecho internacional y normas internas de los Estados que reglamentarán la validez y su ejecución.

La Convención de Singapur, además, en su artículo 8 sobre "Reservas" señala que no aplicará la presente Convención a los acuerdos de transacción en los que sea parte cualquier organismo del Estado, o cualquier persona que actúe en nombre de un organismo del Estado, en la medida que se establezca en la declaración.

En función de lo anterior, es importante mencionar que al plantear una reforma al artículo 363 del Código Orgánico General de Procesos, los señores legisladores, deben tomar en consideración la existencia de las convenciones internacionales que el Ecuador ha ratificado para fortalecer la normativa interna y armonizarla a los preceptos internacionales que devienen de un extenso análisis y de la experiencia de los usuarios de la mediación.

De otro lado, se debe mencionar que actualmente se está tramitando ante la Corte Constitucional, bajo el caso signado con el número 34-23-CN, un proceso de consulta para que los jueces de la Corte Constitucional se pronuncien

respecto de si el artículo 42 de la Ley de Arbitraje y Mediación es contrario a la Constitución por permitir la ejecución de laudos extranjeros sin homologación previa.

El escrito de amicus curiae presentado dentro de tal proceso por el Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, señala: *"La Convención de Nueva York de 1958 es el instrumento multilateral más exitoso en materia de derecho comercial internacional. Ecuador es uno de los 166 Estados parte de la Convención, ratificada el 3 de enero de 1962. Este instrumento establece un marco general para la incorporación de los laudos extranjeros en el sistema jurídico de los Estados parte. Uno de sus principales objetivos es "unificar el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros" y así eliminar el problema del doble exequatur"* Más adelante menciona: *"(...) en general, la Convención de Nueva York no toma una posición sobre si los laudos arbitrales deben con anterioridad a su ejecución, pasar por un proceso de homologación o reconocimiento. Por el contrario, de una lectura íntegra de la Convención se desprende que sus disposiciones se refieren, indistintamente, a 'el reconocimiento y la ejecución' (...) Esta disposición indica que la Convención no impone un procedimiento para la ejecución de laudos internacionales a los Estados parte, y, por el contrario, permite que cada Estado lo fije conforme a las necesidades domésticas. Sin embargo, lo que sí hace la Convención de Nueva York es establecer principios generales que regulan mínimos infranqueables por los Estados parte, en este caso, que el procedimiento de reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero no puede ser más gravoso que el que el Estado propone para un laudo nacional".*

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, realiza un análisis no solamente sobre el contenido de la Convención de Nueva York, sino también la armonía que dicho tratado internacional guarda con la legislación ecuatoriana local, refiriéndose específicamente a la Ley de Arbitraje y Mediación y su Reglamento. Manifiesta: *"Como se indicó, una revisión histórica de las reformas relacionadas con las normas que regulan la ejecución de laudos extranjeros deja en evidencia que la intención del legislador al promulgar la Ley de Fomento Productivo fue prescindir del requisito de homologación (...) no hay duda de que la Ley de Fomento Productivo derogó tácitamente la referida frase. Ello, pues, como lo reconoció la jueza consultante de la causa No. 3423-IN, la Ley Orgánica de Fomento Productivo eliminó la frase "laudos arbitrales" de cada una de las reglas de homologación referidas en los artículos 102 a 106 del COGEP. Al no existir, entonces, reglas que regulen la homologación de laudos extranjeros en el COGEP, es evidente que existe una derogación tácita de la frase "homologados conforme con las reglas de este Código" pues esta derogatoria sucede cuando existe "incompatibilidad entre las disposiciones de la nueva ley con la ley anterior". En otras palabras, existe derogatoria tácita pues, bajo*

*derecho ecuatoriano no es posible homologar laudos extranjeros "conforme con las reglas de este Código", porque no existen normas en el COGEP que regulen un proceso de reconocimiento de laudos arbitrales extranjeros".*

Lo anterior, encuentra sinergia en los diversos argumentos esgrimidos en el presente análisis, ya que el retrotraer conceptos caducos sobre la validez y ejecución de los laudos arbitrales podría generar violaciones al derecho internacional público y al orden público ecuatoriano, por intentar empatar la norma a ideologías políticas, que lejos de precautelar los intereses del Estado limitaban su autonomía y soberanía de decidir con libertad y de forma razonada la vía de solución de controversias adecuada para cada tipo de instrumento o relación jurídica; además de afectar la percepción y confianza de la comunidad internacional para invertir en el país.

El Ecuador, durante las últimas dos décadas, ha recibido una menor proporción de Inversión Extranjera Directa con respecto al Producto Interno Bruto (PIB) en comparación a los países vecinos y pares a nivel regional. De acuerdo con las cifras del Banco Central del Ecuador (BCE) la Inversión Extranjera Directa (IED), en el ejercicio fiscal 2021, alcanzó los 648 millones de dólares, representando el 0,6% con relación al PIB nacional; y, en el año 2022 alcanzó los 832 millones de dólares. El informe "La Inversión Extranjera Directa en América Latina y el Caribe 2023" publicado por la CEPAL en el año 2023, señala que este crecimiento se explicó por mayores inversiones en servicios (163%), sector al que ingresaron 888 millones de dólares, menciona también que las entradas negativas en recursos naturales (-137 millones de dólares) explicaron la cifra total recibida, mientras que las inversiones en manufacturas se redujeron con relación a 2021 (81%).

Como parte del diagnóstico de la realidad ecuatoriana, el informe denominado: "La Brecha de Infraestructura en América Latina y el Caribe", elaborado por el Banco Interamericano de Desarrollo (BID) en el 2021, señala que es necesario mejorar la calidad y sostenibilidad de los servicios de infraestructura, abordar la brecha de género y fomentar la electromovilidad y las energías renovables. Este informe analiza los Objetivos de Desarrollo Sostenible relacionados directamente con los sectores de infraestructura como metas para el 2030, y concluye que, en el caso de Ecuador, se requeriría una inversión total de 71.950 millones de dólares hasta el año 2030 para cerrar la brecha de infraestructura en diversas áreas. De los cuales, 46.266 millones se destinarían a nueva infraestructura y 25.684 millones a mantenimiento y reemplazo de activos. Este valor excede significativamente el monto de ingresos del Presupuesto General del Estado, que, según información del Ministerio de Economía y Finanzas para el periodo de enero a diciembre del año 2021, fue de 31.421 millones de dólares.

Por su parte, en el informe 2021-2022 del BID y de Economist Intelligence denominado "Infrascopio", que evalúa la capacidad de los países para movilizar la inversión privada en infraestructura a través de las Asociaciones Público-Privadas, el Ecuador obtuvo una puntuación de 47.8, ubicándose en la posición 15 de los 26 países de América Latina y el Caribe, evidenciando que resulta indispensable fortalecer aspectos sobre bancabilidad y financiamiento para la estructuración y ejecución de proyectos APP, entre otros.

Adicionalmente, la atracción de inversión extranjera es fundamental para generar fuentes de empleo. El BID en el documento denominado "El potencial de la inversión en infraestructura para impulsar el empleo en América Latina y el Caribe" publicado en el año 2020, señala que USD \$ 1,000 millones invertidos en la región en el sector de infraestructura, específicamente en energía, transporte, agua y saneamiento y telecomunicaciones en América Latina y el Caribe genera 40.000 empleos entre directos e indirectos.

En esta línea, se confirma que el fortalecimiento de la infraestructura pública con inversión privada es esencial para el desarrollo nacional, puesto que coadyuva a: acceder a los recursos provenientes del sector privado, afrontar los desafíos económicos y sociales de desarrollar infraestructura resiliente y de calidad; y, aprovechar las oportunidades de acelerar el desarrollo de infraestructura.

Por lo tanto, es necesario contar con leyes y políticas públicas orientadas a incentivar las inversiones en el Ecuador, a través de diversas modalidades, entre ellas las asociaciones público-privadas (APP), que facilitan el desarrollo de infraestructura sostenible, la provisión de bienes y servicios públicos de forma eficiente y transparente, la generación de fuentes de empleo directo e indirecto; y, en general, fomenta el desarrollo socioeconómico del país.

**Artículo 8.-** Refórmese el artículo 11 de la Ley Orgánica de la Procuraduría General del Estado de la siguiente manera:

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

*Surgida la controversia, los organismos y entidades del sector público pueden someterse a arbitraje de derecho o mediación, de conformidad*

*con las leyes pertinentes. Para someterse al arbitraje internacional requerirán la autorización de la Procuraduría General del Estado **que la emitirá considerando las condiciones, prohibiciones y excepciones dispuestas en el artículo 422 de la Constitución de la República**".*

**Comentario:** Ver análisis efectuados respecto de los artículos 1, 2, 5 y 7 del proyecto de Ley. Los señores legisladores deberán tener en cuenta que la mediación y el arbitraje son mecanismos distintos, con un tratamiento específico en la Ley de Arbitraje y Mediación para cada uno de ellos.

**Artículo 9.-** Refórmese el artículo 54 de la Ley Orgánica e Urgencia Económica Ley Orgánica de Eficiencia Económica y Generación de Empleo de la siguiente manera:

*"Artículo 54.- Arbitraje.- En el marco de los Contratos APP celebrados entre el Estado y los Gestores Privados, se autoriza y reconoce la posibilidad de pactar arbitraje nacional o internacional, previa autorización e la cláusula compromisoria por parte del Procurador General del Estado, como mecanismo de resolución e controversias entre las partes, de conformidad con lo previsto en el artículo 422 de la Constitución de la República.*

*Las partes contratantes podrán acordar expresamente que cualquier disputa o controversia derivada del Contrato APP, incluyendo, pero no limitándose a cuestiones relacionadas con la interpretación, ejecución, terminación o nulidad el Contrato; sea sometida a arbitraje nacional o internacional. El arbitraje se llevará a cabo de conformidad con las normas y procedimientos establecidos en el Contrato APP y lo previsto en el artículo 422 de la Constitución de la República".*

**Comentario:** Ver análisis efectuados respecto de los artículos 1, 2, 5 y 7 del proyecto de Ley. Los señores legisladores deberán tener en cuenta que la mediación y el arbitraje son mecanismos distintos, con un tratamiento específico para cada uno de ellos previsto en la Ley de Arbitraje y Mediación.

Los contratos bajo modalidad de asociación público-privada, no pueden considerarse un tratado o instrumento internacional bajo el artículo 422 de la Constitución de la República, pues su naturaleza jurídica es distinta y muy particular. De acuerdo al Public-Private Partnership Legal Resource Center del Banco Mundial "en líneas generales, una asociación público-privada se refiere a 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. Usualmente,

*no incluye contratos de servicios ni contratos llave en mano, ya que estos son considerados como proyectos de contratación pública, o de privatización de servicios públicos en los que existe un rol continuo y limitado del sector público”.*

En virtud de lo anterior y siguiendo las mejores prácticas internacionales, con fecha 19 de diciembre de 2023 se aprobó, en la Asamblea Nacional, la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo; un hito fundamental en el desarrollo económico y la creación de empleo en el país. Dicha Ley, fue publicada en el Registro Oficial el 20 de diciembre de 2023, consolida un marco regulatorio estable, coherente y actualizado para la atracción de inversiones a través de las Asociaciones Público-Privadas (APP) en Ecuador.

Este nuevo marco regulatorio presenta una serie de beneficios fundamentales que impulsarán el desarrollo económico y la generación de empleo a través de las APP, entre los cuales se destacan:

- Estructuración centralizada de proyectos APP y eliminación de la excepcionalidad: La Ley establece a la Secretaría de Inversiones Público – Privadas (SIPP) como entidad encargada de estructurar y licitar los proyectos APP de forma centralizada en la Administración Pública Central, eliminando la necesidad de decretos de excepcionalidad.
- Régimen tributario general y claridad en roles: Los proyectos APP se rigen por el régimen tributario general, y se definen con claridad los roles y la estructura institucional en la Ley, lo que incluye la evaluación de iniciativas privadas por parte de la SIPP y la declaración de interés público por parte del Comité Interinstitucional de Asociaciones Público – Privadas (CIAPP).
- Garantía de sostenibilidad fiscal: Se asegura la sostenibilidad fiscal de los proyectos APP, se amplía el apoyo a los Gobiernos Autónomos Descentralizados y se habilita a instituciones autónomas para utilizar esta modalidad.
- Asimismo, la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo implementa mecanismos que garantizan la transparencia, la bancabilidad, la promoción de la competencia, la participación ciudadana, así como la sostenibilidad fiscal y ambiental.

Siendo estos instrumentos fundamentales para la dinamización de la economía ecuatoriana, la atracción de inversión extranjera directa y la generación de empleo, se debe mencionar que las normas sobre solución de controversias en contratos APP han merecido un análisis técnico pormenorizado, tomando como referencia las recomendaciones de multilaterales, países vecinos y expertos en la materia.

El Banco Mundial Debido ha manifestado que los contratos APP al ser relaciones complejas y de largo plazo, requieren de un foro adecuado para resolver las diferencias entre las partes, por lo que resulta fundamental que definan un mecanismo de resolución de disputas que sea eficiente, neutral y que no interrumpen los servicios que se presten a través de dichos contratos. Así, menciona el Public-Private Partnership Legal Resource Center: *"algunos gobiernos definen mecanismos de resolución de disputas en instrumentos internacionales (por ejemplo, tratados bilaterales de inversión o acuerdos multilaterales), o en la legislación local de APP, que pueden aplicarse a todos los contratos de APP"*.

También se describen con gran precisión las cláusulas escalonadas de solución de controversias en contratos APP que incluyen instancias de mediación o conciliación, recursos a un regulador sectorial ante un organismo regulador independiente y un mecanismo propio de administración de justicia como sería el arbitraje. Respecto del sistema judicial, el Public-Private Partnership Legal Resource Center, señala que las partes de los contratos APP *"a menudo consideran que el sistema judicial es inadecuado para resolver disputas, ya que puede ser lento o carecer de experiencia técnica, particularmente en los países en desarrollo. Los mecanismos de resolución de disputas para las APP a menudo intentan evitar en la medida de lo posible recurrir al sistema judicial"*<sup>1</sup>.

En virtud de lo anterior, lo usual y recomendable en este tipo de contratos como instancia ulterior de resolución de conflictos en un proceso escalonado es el arbitraje internacional.

Acogiendo tales recomendaciones y tras un análisis objetivo la Ley de Eficiencia Económica y Generación de Empleo y su Reglamento, establecen la necesidad de incorporar cláusulas escalonadas en contratos APP que incluyan: mediación, junta combinada de disputas y arbitraje, conforme a las reglas que las partes determinen en el texto contractual.

Tomando en consideración lo mencionado, no se logra determinar con claridad la intención del legislador al proponer la reforma a dicha Ley por cuanto no hay un sustento para aquello. Nuevamente, se hace notar que hay diversos tipos de arbitraje y que no se puede utilizar el artículo 422 para prohibir todo tipo de arbitraje internacional pues se estaría omitiendo y vulnerando lo previsto en el artículo 190 de la Constitución de la República.

---

<sup>1</sup> Public-Private Partnership Legal Resource Center - <https://ppp.worldbank.org/public-private-partnership/dispute-resolution-mechanisms>

## 7. Conclusión.-

Cualquier propuesta de reforma legal requiere un proceso de consulta y validación previo a su aprobación.

El artículo 56 de la Ley Orgánica de la Función Legislativa señala en su parte pertinente: *"La exposición de motivos explicitará la necesidad y pertinencia de la Ley evidenciando su constitucionalidad y la no afectación a los derechos y garantías constitucionales, en particular, de las personas pertenecientes a los grupos de atención prioritaria"*.

Tras el análisis efectuado resulta evidente que los proponentes del Proyecto de Ley para el Cumplimiento de la Voluntad Popular Expresada en la Consulta Popular y Referéndum del 21 de Abril de 2024 en lo relativo a la Prohibición del Arbitraje Internacional, no han fundamentado la necesidad y pertinencia del proyecto y por el contrario han desnaturalizado el objeto de la Consulta Popular y sus efectos en torno a la pregunta D sobre el reconocimiento del arbitraje internacional, pretendiendo, modificar todo el marco jurídico ecuatoriano resultando en una grave amenaza al derecho a la seguridad jurídica reconocido en la Constitución de la República, protección básica que debe asistir a las inversiones; cuando, como se ha sostenido en el presente análisis, el único efecto que tenía la votación mayoritaria por el "NO" en la referida pregunta es que el artículo 422 de la Constitución de la República mantenga la redacción actual.

Por todo lo expuesto, reiteramos la importancia de contar con un marco normativo y de política pública sólidos y orientados a incentivar las inversiones en el Ecuador. Esto implica no solamente generar incentivos para atraer inversión extranjera directa, sino también garantizar estándares mínimos de protección a la inversión, que permitan recuperar la confianza del inversionista extranjero, así como de los organismos internacionales y multilaterales, para que el Ecuador sea considerado un país serio, competitivo y respetuoso de los derechos.

La atracción y concreción de la inversión extranjera directa, da como resultado la obtención de recursos, generación de empleo, dinamización de la economía y estabilidad social.

El que un Estado reconozca y pueda someterse libremente al arbitraje, la mediación y otros mecanismos alternativos de solución de conflictos en los contratos e instrumentos que suscriba demuestra que hace uso de su potestad soberana para decidir sobre estos aspectos y además garantiza a las partes una tutela imparcial y efectiva de sus derechos, traduciéndose en un verdadero Estado de Derecho que ante todo respeta el derecho a la seguridad jurídica.

Sin perjuicio de lo anterior, es menester que se escuche a la ciudadanía, gremios, sociedad civil, academia e instituciones públicas sobre el proyecto de

ley en ciernes con la finalidad que la Función Legislativa pueda sopesar la necesidad y pertinencia de las reformas propuestas.

<b>Elaborado por:</b>	
Subsecretaría de Protección a la Inversión	 <p>Firmado electrónicamente por: MARIA CECILIA VARGAS COSTALES</p> <p>Ma. Cecilia Vargas Costales</p>