

PERSPECTIVAS BF

UNA MIRADA AL MUNDO LEGAL

¿Existe realmente una **prohibición constitucional** al arbitraje internacional en el Ecuador?



BUSTAMANTE
FABARA

ECUADOR | WWW.BUSTAMANTEFABARA.COM

¿Existe realmente una prohibición constitucional al arbitraje internacional en el Ecuador?

Desde la entrada en vigencia de la Constitución de 2008 (“CRE”), el artículo 422 se ha convertido en uno de los preceptos más discutidos del texto constitucional ecuatoriano. Durante más de una década, su aplicación ha estado marcada por lecturas dispares, pronunciamientos judiciales contradictorios y una carga política que ha terminado por desdibujar su verdadero alcance jurídico.

La pregunta de fondo es sencilla, aunque sus implicaciones no lo son: ¿prohibe realmente la CRE que el Estado ecuatoriano acuda a un arbitraje internacional en controversias comerciales, contractuales o de inversión? Mi posición es que no. El artículo 422 de la CRE no consagra una prohibición absoluta frente al arbitraje internacional, sino una restricción específica y acotada, vinculada a la fuente del arbitraje

internacional y a determinados ámbitos materiales claramente delimitados.

El texto constitucional prohíbe que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional cuando dicha “cesión” se materialice a través de tratados o instrumentos internacionales, y únicamente en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y particulares. Esta precisión resulta central. La norma no elimina el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, ni lo declara incompatible con el orden constitucional. Por el contrario, el arbitraje, local e internacional, se encuentra expresamente reconocido en el artículo 190 de la CRE como una herramienta legítima para resolver conflictos.

El debate, por tanto, no debe centrarse en la validez del

arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, sino en el modo en que este se incorpora al ordenamiento jurídico. El constituyente optó por limitar la posibilidad de que, a través de normas de carácter general como los tratados internacionales, el Estado renuncie de manera anticipada a su potestad jurisdiccional, en materias que forman parte de su ámbito soberano. Se trata, entonces, de una prohibición de origen, no de una prohibición de materia, ni de un cuestionamiento estructural al arbitraje.

En otras palabras, no existe una prohibición —en cuanto a la materia— para que el Estado acuda a arbitraje internacional en temas contractuales, comerciales o de inversión extranjera. De hecho, el ordenamiento jurídico local expresamente lo permite y ciertos casos

lo prevé como obligatorio —artículo innumerado a continuación del Art. 16.2 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones—. La prohibición, como se dijo, es de la fuente del arbitraje y no de la materia.

En este sentido, es indispensable precisar, además, que, desde el punto de vista constitucional, la inversión extranjera es un tema autónomo a los asuntos comerciales o contractuales. Así lo entendió el constituyente —e.j. artículos 336, 338, 416 numeral 12 de la CRE— al diferenciar los temas comerciales, de los contractuales y de los relativos a inversión extranjera. De no ser así, es decir, de no existir una diferenciación, el constituyente no habría realizado tal especificación entre temas contractuales y comerciales en el artículo 422.

Por otro lado, uno de los principales focos de confusión y discusión ha sido la noción

"La norma no elimina el arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias, ni lo declara incompatible con el orden constitucional."

de “jurisdicción soberana”. Este concepto no puede entenderse de manera indeterminada. La jurisdicción soberana se vincula a aquellos escenarios en los que el Estado actúa con potestad de imperio y aplica privativamente las normas de derecho interno. Cuando el Estado interviene en condiciones de igualdad frente a particulares —como ocurre en determinadas relaciones contractuales o en el cumplimiento de obligaciones internacionales—, no existe una cesión de jurisdicción soberana en sentido estricto.

Esta distinción permite comprender por qué la

prohibición constitucional no puede extenderse de forma automática a los tratados bilaterales de inversión (“TBI”). Las controversias que surgen en el marco de un tratado de inversión no son, por su naturaleza, controversias contractuales o comerciales domésticas, sino disputas relativas al cumplimiento de obligaciones internacionales asumidas por el Estado.

En estos casos, no existe una jurisdicción nacional natural que deba prevalecer, ni una potestad soberana que pueda ser cedida, pues la controversia se sitúa fuera del ámbito del derecho interno y,



además, no existe “jurisdicción soberana” para determinar si el Estado ha cumplido o no sus compromisos con la comunidad internacional.

Adicionalmente, el arbitraje en materia de inversión en los TBI no opera como una imposición automática al Estado. Los TBI contienen, en realidad, una oferta unilateral de arbitraje de parte del Estado que solo se perfecciona si el inversionista decide aceptarla. La cláusula arbitral no se activa de manera inmediata ni obligatoria.

A manera de cierre, en mi opinión:

- El artículo 422 de la CRE únicamente recoge una prohibición de origen o fuente para acudir a arbitraje internacional en determinadas materias. Esta prohibición de origen es mediante un instrumento internacional —

concebido como norma— y no un contrato. De ninguna manera, en esta norma se incluye una nueva materia no transigible para efectos de acudir a un arbitraje —local e internacional—.

- Es asistemático sostener que un TBI, en el que se regula, esencialmente, una oferta unilateral de arbitraje internacional de los Estados, sea incompatible con el texto constitucional. Primero, porque no existe restricción alguna y las prohibiciones del artículo 422 —como quedó expuesto— no alcanzan a esta temática. Segundo, porque resultaría ineficaz e inútil sostener aquello, toda vez que, de acuerdo con el marco constitucional y legal vigente, el Estado —de igual manera— podría pactar arbitraje internacional con un privado en un contrato de inversión, sin que necesariamente exista un TBI para el efecto.

Palacios Abad, X. (2021). *¿Prohibición constitucional para que el Ecuador pacte arbitraje internacional en materia comercial y de inversión? Una nueva mirada al artículo 422 de la Constitución*. USFQ Law Review, 8(1), 261-282. Recuperado de: <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=8099914>



Xavier Palacios
ASOCIADO SÉNIOR

Xavier concentra su práctica en el área de resolución de conflictos, representa y asesora a clientes nacionales y extranjeros en litigios constitucionales, contencioso administrativos y arbitrales. Xavier tiene una notable experiencia como litigante en temas constitucionales y de derecho público. En el campo constitucional, Xavier participa constantemente como conferencista y capacitador en dicha rama, y, además, es invitado con frecuencia como experto constitucional en distintos foros.

Actualmente, Xavier es Presidente de Mesa de Derecho Constitucional de Young Ecuadorian Attorneys de la Cámara de Comercio Internacional (CCI) y también es miembro también de las Mesas de Compliance y Resolución de Controversias de la referida Cámara.

Quito - Ecuador
Av. Patria E4-69 y
Amazonas
Edificio COFIEC
T. +593 2 256 2680

Guayaquil - Ecuador
Av. de Alarcón y Av. de las
Américas
Edif. Sky Building
Piso 4, Of. 423
T. +593 2 256 2680 ext 1901

ECUADOR
www.bustamantefabara.com

