



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

### **DOCTORA TERESA NUQUES MARTÍNEZ JUEZA CONSTITUCIONAL SUSTANCIADORA DEL CASO No. 72-21-IN CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR**

**Fabián Pozo Neira**, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República, conforme lo dispuesto en el Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, -en anexo-, por los derechos que represento del señor Presidente de la República; en el marco del **Caso No. 72-21-IN**, intervengo respecto de la acción pública de inconstitucionalidad (en adelante, “API”) propuesta por el el fondo y por la forma en contra de los artículos 2 y 3 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, expedido a través del Decreto Ejecutivo No. 165 de 18 de agosto de 2021 y publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 524 de 26 de agosto de 2021 (en adelante, “disposiciones impugnadas”) en los siguientes términos:

#### **I**

#### **ANTECEDENTES**

- 1.1 Mediante Registro Oficial No. 417 de 14 de diciembre de 2006 se publicó la Codificación de la Ley de Arbitraje y Mediación.
- 1.2 El 18 de agosto de 2021, con Decreto Ejecutivo No. 165, el Presidente de la República, señor Guillermo Lasso Mendoza, emitió el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación (en adelante, “RLAM”), que fue publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 524 de 26 de agosto de 2021.
- 1.3 El 03 de septiembre de 2021 se presenta por parte de las assembleístas Mónica Estefanía Palacios Zambrano y Pamela Alejandra Aguirre Zambonino (en adelante, “Legitimadas Activas”); la acción pública de inconstitucionalidad (en adelante, “API”) por la forma y fondo en contra de los artículos 2 y 3 del RLAM.
- 1.4 El 19 de diciembre de 2021, avocaron conocimiento de la causa, las Juezas Constitucionales doctoras Karla Andrade Quevedo, Teresa Nuques Martínez y el Juez Constitucional doctor Alí Lozada Prado, disponiendo que la Presidencia de la República intervenga defendiendo o refutando las disposiciones impugnadas.
- 1.5 La API se ha presentado como una inconstitucionalidad por la forma y por el fondo en contra de los artículos 2 y 3 del Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación, expedido a través del Decreto Ejecutivo No. 165 de 18 de agosto de 2021, publicado en el Suplemento del Registro Oficial No. 524 de 26 de agosto de 2021. Se alega



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

que las disposiciones impugnadas atentan contra los artículos 76.7 letra “1”, 82, 140, 190, 422, 424 y 425 de la Constitución de la República del Ecuador.

- 1.6 Sobre la base de todo lo expuesto, esta Secretaría General Jurídica presenta el siguiente análisis sobre control constitucional para el caso que nos ocupa.

### II

#### DE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD POR LA FORMA DE LOS ARTÍCULOS 2 Y 3

- 2.1 Las disposiciones impugnadas cumplen con todos los requisitos para su emisión, y se sujetan a las disposiciones constitucionales aplicables, en especial a lo ordenado en el artículo 147 numeral 13 de la Constitución de la República, y el artículo 129 del Código Orgánico Administrativo que en su orden, señalan lo siguiente:

*Art. 147.- Son atribuciones y deberes de la Presidenta o Presidente de la República, además de los que determine la ley:*

*[...] 13. Expedir los reglamentos necesarios para la aplicación de las leyes, sin contravenirlas ni alterarlas, así como los que convengan a la buena marcha de la administración.* (Énfasis propio)

*Art. 129.- Potestad reglamentaria del Presidente de la República. Le corresponde al Presidente de la República el ejercicio de la potestad reglamentaria en relación con las leyes formales, de conformidad con la Constitución.* (Énfasis propio).

*El ejercicio de la potestad reglamentaria es independiente de la competencia normativa de carácter administrativo que el Presidente de la República ejerce en relación con el conjunto de la administración pública central.*

- 2.2 En ese sentido, bajo iniciativa del señor Presidente de la República en el ejercicio de sus deberes y atribuciones, se ha emitido el Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación observando de manera irrestricta, el procedimiento de expedición para este tipo de normativa y en cumplimiento del mandato constitucional y legal que se encontraba pendiente desde hace más de dos décadas, conforme lo dispuesto por la Disposición General de la misma, actualmente codificada como artículo 61, que dice:



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Art. 61.- El Presidente de la República, en uso de las facultades que le confiere la Constitución Política, expedirá en el plazo de noventa días el correspondiente reglamento para la aplicación de esta Ley*

2.3 Es decir, el Presidente de la República no solamente tiene la potestad de emitir el referido reglamento, sino que existe un mandato normativo que dispone que lo haga, obligación que no había sido advertida u observada por los Gobiernos anteriores.

2.4 Del libelo de la demanda, las Legitimadas Activas no han logrado determinar con exactitud cuál sería la inconstitucionalidad por la forma de las disposiciones impugnadas. Respecto al control constitucional por la forma, la Corte Constitucional, ha señalado lo siguiente:

*El control constitucional por la forma tiene relación con la observancia de los requisitos constitucionales para la formación y emisión de una disposición normativa<sup>1</sup>.*

2.5 Es entonces que, en la formación y emisión de la disposición normativa infra legal, el RLAM ha cumplido sin lugar a duda con los preceptos constitucionales y la normativa aplicable al caso. Si las Legitimadas Activas pretendían atacar a la forma, es decir, al procedimiento de expedición de un reglamento, se requería de una argumentación clara y un análisis fundamentado que lleve, al convencimiento total de dicha inconstitucionalidad. Si la supuesta inconstitucionalidad radica en los procedimientos para la expedición de un reglamento de aplicación a una determinada ley, y la Constitución de la República determinan que la iniciativa recaerá en el Presidente de la República debiendo únicamente no contradecir las leyes del Ecuador, recurrir a la doctrina y a pronunciamientos judiciales- además inaplicables al caso en discusión- denotan la falta de sentido en la argumentación de las Legitimadas Activas y por ende en su demanda. Su argumentación llega al punto de mencionar en su escrito, que:

*En el caso, sub judice, en la exposición de motivos se omite lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución, en referencia al arbitraje internacional y la prohibición expresa de ceder jurisdicción a organismos o instancias internacionales; esta omisión afecta, en el fondo y en la forma, al Decreto Ejecutivo No. 165, por cuanto permite que el Presidente de la República exceda en sus funciones reglamentarias, de un lado, y de*

---

<sup>1</sup> Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 75-15-IN/21 y acumulado, párr. 72



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*otro, permite la superposición de disposiciones reglamentarias por sobre la ley y la Constitución; entonces existe falta de debida motivación.*

- 2.6 Esta total falta de *sindéresis*, nos lleva a la interrogante de si las legitimadas activas se encuentran en el intento de establecer reglas de motivación, por supuesto sin que les corresponda.
- 2.7 Asimismo, lleva a preguntarse, ¿de qué manera el Presidente de la República pudo haber excedido sus facultades reglamentarias?, si al amparo de lo ordenado en la Constitución de la República y el Código Orgánico Administrativo, tiene plena capacidad y está obligado a emitir los reglamentos a las leyes y aquellos que se requieran para la buena marcha de la administración, y además expresamente habilitado por una disposición general de la Ley de Arbitraje y Mediación cuya constitucionalidad no se ha objetado. Con lo expresado y no siendo necesario un análisis mayor, queda demostrado que el Presidente de la República, no se ha excedido en funciones, pudiendo además observarse con claridad meridiana, que no existe argumento o fundamento alguno que permita concluir que el RLAM tenga algún elemento de causalidad que pueda llevar a la conclusión de que se ha generado una inconstitucionalidad por la forma, que afecte el principio de reserva de ley, la jerarquía normativa, la seguridad jurídica o la motivación.
- 2.8 Por otro lado, en el presente caso, las Legitimadas Activas proponen argumentos sin ningún tipo de conexión al caso concreto. Es decir, no han logrado demostrar ni mínimamente, cómo las disposiciones impugnadas han contravenido la garantía de la motivación. Al respecto, las disposiciones impugnadas cumplen con el criterio de motivación establecido por la jurisprudencia de la Corte Constitucional es decir, se considera que la misma correcta, suficiente, clara y pertinente, ya que en el Decreto Ejecutivo No. 165 se encuentran suficientes fundamentos normativos de base y motivación, como también los fundamentos de hecho respecto a la necesidad de contar con un Reglamento a la Ley de Arbitraje y Mediación adecuado y que permita la correcta aplicación del ordenamiento jurídico en esta materia.
- 2.9 Para concluir, cabe señalar que las Legitimadas Activas han pasado por alto los requisitos de argumentación que exige el artículo 79 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, en tanto que de su demanda no se desprenden argumentos claros, ciertos, específicos y pertinentes que permitan llegar a la conclusión absoluta que existe una incompatibilidad de forma del RLAM con la normativa legal y constitucional.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

### DE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DEL ARTÍCULO 2 DEL RLAM

3.1 Para analizar las disposiciones impugnadas, es importante hacer un análisis sobre cómo están concebidos los métodos alternativos de resolución de conflictos en la Constitución de la República y en el caso que nos ocupa, especialmente el arbitraje. En el presente caso, hay una norma constitucional fundamental a considerar: el artículo 190 que reconoce a los medios alternativos de solución de conflictos en los siguientes términos:

*Art. 190.- Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*

**En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley.** (énfasis añadido).

3.2 En concordancia con el artículo citado, se incluyó dentro del RLAM el artículo 2 que establece:

*Art. 2.- Arbitraje internacional cuya sede sea el Ecuador.*

*1. Los requisitos establecidos en el artículo 41 de la Ley de Arbitraje y Mediación son exigibles únicamente cuándo un arbitraje internacional tiene sede en el Ecuador.*

*2. Para dichos efectos se entenderá que un vehículo de inversión constituido en el territorio ecuatoriano tiene domicilio fuera del Ecuador cuando el inversionista que ejerza control efectivo sobre dicho vehículo tenga un domicilio en un Estado diferente. (énfasis propio)*

3.3 En razón de lo expuesto, contrario a lo que señalan las Legitimadas Activas, el Reglamento se ajusta al artículo 422 de la Constitución y no lo contraría ni a éste ni a ningún otro del ordenamiento jurídico. Cabe señalar que, el arbitraje nace de la voluntad de las partes de someterse a este método alternativo de resolución de conflictos, pudiendo pactar como sede para el procedimiento al Ecuador, lo que abona a garantizar los intereses del Estado que son los de la ciudadanía en general. A eso hace referencia el artículo 2 del RLAM; y nada tiene que ver con una cesión de jurisdicción o con una intención de contravenir derechos y principios



## **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

constitucionales. Asimismo establece los requisitos y condiciones para este tipo de arbitraje, con lo que también garantiza los intereses del Estado ecuatoriano.

3.4 En relación con el artículo 422, es importante mencionar que la Constitución de la República no hace referencia a los tipos de arbitraje, ni establece diferencia alguna con lo ya reconocido en el artículo 190. Sin embargo, determina presupuestos para su aplicación. En este sentido, el artículo 422 no puede ser considerado objeto de la API ya que únicamente habla de la celebración de tratados e instrumentos internacionales que, como se desarrollará a lo largo de este escrito, son totalmente distintos a las cláusulas arbitrales. Por otro lado, de la lectura de esta norma en conjunto con el resto del texto constitucional se puede concluir que la aplicabilidad del artículo 422 es respecto de las controversias entre Estados ya que estos son los únicos que pueden suscribir tratados e instrumentos internacionales; y no de controversias entre el Estado y un particular, con el que ni ha suscrito, ni se encuentra en capacidad de suscribir tratados internacionales.

3.5 Siendo así, la norma que debe considerarse como centro de análisis en el presente caso es el artículo 190 de la Constitución de la República, mismo que recoge el mandato constitucional de reconocimiento del arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos. Es importante destacar también que el mencionado mandato constitucional no hace distinción entre arbitraje nacional e internacional por lo que se debe entender que la intención de la Constitución no fue desconocer alguno de ellos, sino que ambos sean concebidos como formas válidas de resolución alternativa de controversias.

3.6 Respecto del artículo 422 de la Constitución y la interpretación que pretenden darle las accionantes nos referiremos en un apartado posterior.

### **IV**

#### **DE LA SUPUESTA INCONSTITUCIONALIDAD POR EL FONDO DEL ARTÍCULO 3 DEL RLAM**

4.1 Dentro del caso que nos ocupa, mediante auto de 19 de noviembre de 2021, sus Autoridades han dispuesto acumular al caso No. 74-21-IN, por conexidad de normas. Por esta razón, es importante mencionar que dentro del caso No. 74-21-IN ya ha sido propuesto un análisis de constitucionalidad respecto del artículo 3 del RLAM, el mismo que lo ratificamos. Sin embargo, proponemos nuevamente el correspondiente razonamiento a continuación.

4.2 El artículo 3 del RLAM, prescribe:



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*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. (énfasis propio)*

4.3 Las Legitimadas Activas alegan que el artículo 3 del RLAM atentaría a los preceptos constitucionales, con un escueto análisis en el que mencionan:

*[...] La modificación, de los requisitos del arbitraje internacional a través de reglamento, **traspasa el principio de reserva de ley** previsto para esta materia y contenido en el artículo 190 [...].*

*[...] en ningún momento el Presidente de la República, a través de la emisión de decretos reglamentarios, puede modificar la ley o la misma Constitución; su rol, es el de complementar y desarrollar los preceptos legales, en el marco que le establece la ley, sin contradecirla, por expreso mandato constitucional. En el caso que nos ocupa, la modificación de criterios para la determinación de arbitrajes internacionales, amplía y modifica la vigente ley de Arbitraje (sic) y Mediación e incumple lo dispuesto en los artículos: 140.13, 190, 424 y 425 de la Constitución, [...].*

*El segundo argumento respecto a la regulación del arbitraje internacional en este reglamento oscila en relación a lo dispuesto en el artículo 422 de la Constitución que establece la prohibición de ceder jurisdicción, por parte del Estado, a organismos internacionales en materia arbitral, por lo que, las regulaciones contenidas en el reglamento modifican\* el contenido de la disposición constitucional antes mencionada, posibilitando el sometimiento a procesos arbitrales internacionales.*

*[...] en referencia al arbitraje internacional y la prohibición expresa de ceder jurisdicción a organismos o instancias internacionales; esta omisión afecta, en el fondo y en la forma, al Decreto Ejecutivo No. 165, por cuanto permite que el*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

*Presidente de la República exceda en sus funciones reglamentarias, de un lado, y de otro, permite la superposición de disposiciones reglamentarias por sobre la ley y la Constitución; entonces existe falta de debida motivación. (énfasis propio)*

4.4 Lo alegado por las Legitimadas Activas carece de fundamento legal alguno, confunde conceptos y preceptos legales quedando únicamente una simple emisión de opiniones y argumentos contradictorios que se caen por su propio peso, conforme se explica en detalle, a continuación.

4.5 Primero, ¿el artículo 190 de la Constitución prescribe que existe reserva de ley para casos arbitrales? Como se analizó en la sección anterior, el artículo 190 de la Constitución de la República reconoce al arbitraje como un método alternativo de resolución de conflictos y este no hace una distinción respecto del arbitraje nacional e internacional. El texto del artículo 3 del RLAM prevé exactamente lo mismo que el artículo 190 de la Constitución, es decir, que se requiera autorización de la Procuraduría, lo cual se encuentra también previsto en el artículo 42 de la LAM que dice:

*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.*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.6 No puede entonces, existir violación alguna del principio de reserva de ley cuando este asunto está cubierto por las disposiciones de la norma respectiva, las cuales el RLAM desarrolla y reglamenta. Las accionantes, al parecer, desconocen o han omitido deliberadamente revisar la LAM.
- 4.7 Es decir, el articulado -como debe ser-, considera al arbitraje como un todo y, por tanto, el artículo 3 del RLAM reglamenta la aplicación en la práctica de uno de los métodos de solución de conflictos, reconocidos por la Constitución y la LAM. Resulta curioso que las Legitimadas Activas vayan más allá de lo que el cuerpo legal prevé, cayendo incluso en una interpretación antojadiza y extensa que en nada aporta y justifica la demanda que nos ocupa.
- 4.8 Siendo así, el Presidente de la República en ningún momento y de ninguna forma ha pretendido siquiera modificar o reformar la Constitución, ni ha ignorado los derechos contenidos en el mandato constitucional. Como se ha descrito en líneas anteriores, el Presidente ha actuado en estricto apego a sus deberes, facultades y atribuciones otorgadas en la Constitución de la República, es decir en el caso que nos ocupa, la expedición de un Reglamento necesario para la aplicación adecuada de la Ley de Arbitraje y Mediación.

### V

## CONSIDERACIONES SOBRE EL TEXTO DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

- 5.1 En este punto, es necesario hacer ciertas precisiones sobre los conceptos usados en la API y el entendimiento que las accionantes pretenden dar al artículo 422 de la Constitución.
- 5.2 En el libelo de la demanda, una y otra vez se ha dicho que el RLAM contraviene el artículo 422 de la Constitución de la República y de esta manera supuestamente atentaría contra la seguridad jurídica y la motivación. Sin embargo, es necesario aclarar que el artículo 3 del RLAM habla sobre el “convenio arbitral”, mientras que el artículo 422 al que hacen referencia las Legitimadas Activas, en su parte pertinente dispone la **imposibilidad de 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. Llama por lo menos la atención la seria confusión que presentan las Legitimadas Activas en cuanto



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

a las figuras legales del “convenio arbitral” y los “tratados o instrumentos internacionales”<sup>2</sup>.

5.3 El entendimiento de las Legitimadas Activas es que un convenio arbitral sería lo mismo que un tratado o un instrumento internacional, lo cual es absolutamente errado y contrario a cualquier regla de interpretación constitucional. Un convenio arbitral es “un contrato [bilateral o multilateral y voluntario] por virtud del cual dos o más partes acuerdan que una controversia, ya sea presente o futura, se resolverá mediante arbitraje.”

5.4 Conforme el artículo 427 de la Constitución, la interpretación prevalente debe ser aquella que ajuste el tenor literal del texto a la Constitución en su integralidad. Solamente en caso de duda cabe acudir a otras metodologías, incluyendo la búsqueda de la voluntad del constituyente o la interpretación volitiva, las que frente a la claridad de las normas que analizamos, no son necesarias.

5.5 La interpretación de la voluntad del constituyente no es igual a la del legislador ordinario. En el caso del legislador ordinario, es correcto buscar su voluntad en las actas de las deliberaciones, sin embargo, en el caso del constituyente, es el texto constitucional el que fue sometido a aprobación del pueblo soberano. El pueblo se pronunció sobre el texto consultado y no sobre las actas de las comisiones, por lo que estas últimas carecen de valor interpretativo.

5.6 En el caso del legislador ordinario -poder constituido- éste actúa en virtud del poder que el soberano ha delegado en la Asamblea Nacional, sin que se realice consulta al pueblo. En tal situación, la referencia a los debates, informes y actas tiene utilidad interpretativa. En cambio, en el caso del poder constituyente, éste actuó en su momento por mandato popular para elaborar un Proyecto de Constitución, sin embargo, este Proyecto -producto final de sus deliberaciones- fue sometido a votación a fin de que el pueblo decida aprobarlo o desecharlo. El pueblo se pronunció a favor del texto con un 63,93% de los votos válidos el 28 de septiembre de 2008.

5.7 Así, no cabe indagar por la voluntad del Constituyente en las actas de sus comisiones, si éstas no se reflejaron en el texto final que se sometió a aprobación del Soberano. Lo contrario podría significar *-in extremis-* una sustitución<sup>3</sup> del texto de la constitución.

---

<sup>2</sup> González de Cossío, F. Arbitraje. Ed. Porrúa, México, 2004, p. 56

<sup>3</sup> Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

5.8 Con este antecedente, se considera que se debe realizar una interpretación literal armónica con el texto de la Constitución en su integralidad, para lo que debemos remitirnos al texto del artículo 422 de la Constitución, que dice:

*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. (los resaltados me corresponden)*

5.9 Considerando que el artículo 190 de la Constitución reconoce al arbitraje y otros medios de solución alternativa de conflictos expresamente, la prohibición establecida en el artículo 422 objeto de análisis es una excepción a tal regla. Es decir, puede pactarse libremente arbitraje internacional salvo que se verifiquen los supuestos de dicho artículo 422.

5.10 De la redacción del artículo 422 se extraen los siguientes supuestos que deben cumplirse para encontrarse dentro de tal prohibición excepcional:

- a. **Debe tratarse de un tratado o instrumento internacional.-** La regla es clara al indicar que “*No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales...*”, por lo que no se incluye en la prohibición ninguna

---

VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss.(Henao, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013). Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss.(Henao, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013).



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

otra fuente de Derecho Internacional Público, ni tampoco fuentes de derecho doméstico.

- b. Debe referirse a controversias Estado – Privados.-** La redacción del primer párrafo del art. 422 se refiere exclusivamente a ciertas disputas “*entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”, por lo que están excluidas de la prohibición las controversias Estado-Estado, así como las disputas entre privados.
- c. El tratado o instrumento debe incluir una cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional.-** La redacción del texto se refiere a aquellos tratados o instrumentos “*en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*” en ciertas materias específicas.
- d. Las controversias deben ser contractuales o de índole comercial.-** Pues el texto se refiere exclusivamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”.

5.11 Debido a la redacción del artículo 422, estos son requisitos acumulativos y no alternativos. Para que un tratado o instrumento internacional se encuentre dentro de esta prohibición, se deben cumplir estos 4 supuestos a la vez.

5.12 La implicación práctica de esta interpretación literal es significativa, pues, por ejemplo:

- a. un tratado que no verse sobre asuntos de índole comercial no se encontraría dentro de esta prohibición,
- b. no puede extenderse la prohibición hacia contratos que no se relacionan con un Tratado o Instrumento internacional,
- c. tampoco se puede extender la prohibición a aquellos tratados en los que no exista cesión de jurisdicción soberana.

5.13 Tal interpretación literal no debe desatenderse por prejuicios ideológicos, aún cuando hubiesen sido expresados por algunos de los Asambleístas Constituyentes.

5.14 La complejidad de la materia no excluye la primacía de la interpretación literal, sino que remite a su utilización como términos especializados o de uso del arte<sup>4</sup>. Por

---

<sup>4</sup> Tal interpretación es común en la legislación ecuatoriana, por ejemplo, consta en las reglas de interpretación judicial previstas en el Título Preliminar del Código Civil, que dice: “**Art. 18.-** *Los jueces no*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

esta razón, los conceptos expresados en el artículo deben analizarse conforme su entendimiento técnico.

5.15 Como se expone a continuación, el entendimiento técnico de ciertos términos incluidos en la redacción de este artículo permite delimitar el alcance efectivo de la prohibición de celebración de ciertos tratados o convenios en los que se pacte arbitraje. A continuación, se hace referencia a ellos:

### **5.15.1 El alcance del concepto de “*tratados o instrumentos internacionales*”.**

5.15.1.1 Los tratados o instrumentos internacionales son fuentes de Derecho Internacional Público.

5.15.1.2 El artículo 416 numeral 9 de la Constitución de la República reconoce al derecho internacional como norma de conducta para el Estado Ecuatoriano.

5.15.1.3 De las fuentes de derecho internacional público reconocidas por la Corte Internacional de Justicia, la única que es susceptible de ser “*celebrada*” - considerando el verbo utilizado por el artículo 422- son los tratados. Otras fuentes como la costumbre, los principios generales o las decisiones judiciales y doctrinas de los publicistas no se “*celebran*”, en sentido estricto.

5.15.1.4 De la revisión de otras normas constitucionales en los que se emplea la expresión “*instrumento internacional*”, como los artículos 416 y 418, se confirma que tal expresión fue utilizada como sinónimo de “*tratado*”, pues se refieren a la formación del consentimiento del Estado ecuatoriano para adherirse a un instrumento, y las potestades del Presidente para suscribirlo, celebrarlo o ratificarlo.

5.15.1.5 Esta posición es acorde a la definición de “*tratado*” contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados<sup>5</sup>.

### **5.15.2 El alcance de los términos “*Jurisdicción Soberana*”.**

---

*pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...) 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.”*

<sup>5</sup> La referida convención define a los Tratados diciendo: “*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por “tratado” un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular”*



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 5.15.2.1 El argumento central de las accionantes respecto del artículo 422 es que existiría “cesión de jurisdicción soberana”, sin embargo, para ello es esencial, primero, determinar si un Estado tiene “*jurisdicción soberana*” sobre un determinado tipo de conflictos.
- 5.15.2.2 El concepto de “*jurisdicción soberana*” es un concepto de Derecho Internacional Público relativo a la potestad normativa de los Estados con respecto a sus circunscripciones territoriales. La *inmunidad soberana* del Estado se basa en los principios de soberanía, igualdad e independencia, y, en buenas cuentas, impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice un Estado en ejercicio de su potestad soberana, o sobre los bienes de los que es titular y utiliza en virtud de tal potestad<sup>6</sup>.
- 5.15.2.3 Los Estados tienen sin duda jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos dentro de su territorio, pero no tienen jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos con otros Estados. Esto lo reconoce la Constitución ecuatoriana en su artículo 416 al referirse a la independencia e igualdad jurídica de los Estados.
- 5.15.2.4 En esencia, esta “*jurisdicción soberana*” de los Estados -como sujetos de derecho internacional- puede entenderse entonces como la prohibición de que un Estado pueda juzgar a otro Estado -o sus nacionales- en sus propias cortes locales, sin su consentimiento.
- 5.15.2.5 Sin embargo, tal inmunidad de jurisdicción no es absoluta, debiendo distinguirse los actos realizados por el Estado en uso de su soberanía (*acta iure imperii*) de los actos propios de las actividades de gestión y administración (*acta iure gestionis*).
- 5.15.2.6 Lo contrario -que un Estado sólo deba ser juzgado en sus propias cortes, o Doctrina Calvo- ha quedado abandonado por el derecho internacional público moderno, justamente, por el surgimiento de un orden jurídico internacional que obliga a los Estados a responder por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales<sup>7</sup>.
- 5.15.2.7 Justamente, el Derecho Internacional Público ha creado una serie de órganos internacionales para solución de controversias relacionadas con los Estados, mediante la suscripción de Convenios, Convenciones, Tratados y

---

<sup>6</sup> Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2006, p. 299.

<sup>7</sup> Molteni, Atilio, *La Responsabilidad Internacional del Estado*, Lecciones y Ensayos, 1964, p. 44



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

similares cuya celebración es en sí misma una expresión soberana del consentimiento de un Estado como sujeto de Derecho Internacional.

5.15.2.8 Así, sería errado interpretar que el Estado Ecuatoriano ha cedido *jurisdicción soberana* al celebrar convenios por los que se crean instancias internacionales de resolución de conflictos, por ejemplo, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional.

5.15.2.9 Aceptar una interpretación cerrada del término “*jurisdicción soberana*”, implicaría desconocer la existencia misma del Derecho Internacional Público. Tal interpretación desconocería la responsabilidad que los Estados tienen como sujetos de derecho internacional y por ende sus obligaciones internacionales, para dejar la solución de conflictos internacionales a la mera “*diplomacia de los cañones*”, como antaño.

5.15.2.10 Por estas razones, mal podría interpretarse que un Estado “*cede*” una jurisdicción que *prima facie*, y en sentido estricto, no posee. Al contrario, los mecanismos de solución de controversias que entre dos o más Estados se acuerden son una expresión de consentimiento soberano, mas no una cesión de soberanía, pues ninguno de los intervinientes tiene en sí mismo jurisdicción previa sobre el otro.

5.15.2.11 Por esta razón, inclusive en el caso de los Tratados Bilaterales de Inversiones -en los que generalmente se pacta algún tipo de mecanismo de solución de controversias como es el arbitraje- no existe un supuesto de “*cesión de jurisdicción soberana*”. La prohibición del artículo 422 se refiere a aquellos casos en los que, *prima facie*, sea aplicable el derecho doméstico, a los que se hará referencia más adelante.

### **5.15.3 El alcance de los términos “controversias contractuales o de índole comercial”.**

5.15.3.1 El artículo 422 de la Constitución se refiere expresamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”. Por su redacción, es claro que no basta la cesión de “*jurisdicción soberana*”, sino que ésta se refiera a asuntos “*contractuales o de índole comercial*”.

5.15.3.2 Como se expuso arriba, los Tratados no son contratos, por lo que la palabra “*contractuales*” no les aplica, sin que esto requiera mayor abundamiento.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

5.15.3.3 En cambio, la distinción entre lo que es “*comercial*” y lo que no lo es, resulta debatible. La anterior conformación de la Corte Constitucional sostuvo que los Tratados Bilaterales de Inversiones comprometen “*al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente al ámbito comercial, como es la de inversiones*”<sup>8</sup>. Esto es errado.

5.15.3.4 Se sostiene que es errado pues es muy distinto el “*arbitraje de inversiones*” del “*arbitraje comercial*”, se trata de dos materias distintas, conformadas por normas jurídicas distintas, precedentes jurisprudenciales distintos y doctrinas distintas.

5.15.3.5 La diferencia es clara. Una controversia es comercial si se fundamenta *en actos de comercio*, obligaciones de comerciantes en operaciones mercantiles, o en contratos comerciales, asimismo, corresponde a actos de *intercambio* de bienes o servicios generalmente verificados en *corto plazo*. En cambio, una controversia es de inversiones si se refiere a flujos de recursos destinados a la producción, generación de empleos y capacidades, es decir, corresponde a una operación de mediano y largo plazo cuyos retornos o réditos son *incierto*s, caracterizados por su *riesgo*.

5.15.3.6 Para efectos eminentemente jurídicos, la intervención del Estado en la regulación de una u otra actividad proviene también de distintas facultades, así, el Estado ocasionalmente realiza actividades de tipo comercial, que provienen de su *ius gestionis*, mientras que regula las inversiones en uso de su poder de imperio o *ius imperii*. Por esto, por ejemplo, una empresa estatal puede ser demandada en arbitraje comercial, mientras que un Estado puede responder internacionalmente por las expropiaciones ilícitas de inversiones. Como se ahonda más adelante, la una es una responsabilidad civil contractual o extracontractual de derecho interno, y la otra es una responsabilidad de derecho internacional público.

5.15.3.7 En el mismo sentido, siguiendo la distinción técnica de las palabras “*arbitraje comercial*” y “*arbitraje de inversiones*” se colige que son asuntos distintos.

5.15.3.8 Los tribunales arbitrales han establecido reiteradamente una serie de requisitos para considerar que una controversia versa sobre inversiones y no sobre

---

<sup>8</sup> Corte Constitucional, Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI, publicado en RO (S) 359 de 10 de enero de 2011



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

meras transacciones comerciales. Doctrinariamente, este análisis se conoce como “*test Salini*”, por haberse originado en el caso *Salini v. Marruecos*<sup>9</sup> requiriéndose que para que una transacción califique como inversión debe cumplirse con: i) Una contribución económica, ii) Que tenga una considerable duración, iii) En la que el inversionista participe en el riesgo de la transacción, y, iv) Que signifique una contribución al desarrollo económico del Estado receptor.

5.15.3.9 Estas consideraciones permiten distinguir, por ejemplo, que una empresa que vende maquinarias a un Estado o Empresa Estatal realiza una transacción comercial, mas no una inversión. Por otro lado, si tal empresa obtiene una concesión y participa de un contrato de producción compartida, efectivamente realiza una inversión pues es partícipe del *riesgo*<sup>10</sup>.

5.15.3.10 Sobre esta distinción, vale también referirse a que aún las fuentes de las obligaciones jurídicas y del convenio arbitral son distintas en el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones.

5.15.3.11 En el caso del arbitraje comercial internacional, éste se origina generalmente en una fuente contractual sujeto a la legislación privada comercial - sea local o internacional-, la costumbre y las reglas escogidas por las partes (Ej. UNIDROIT, CCI, etc.).

5.15.3.12 En cambio, en el caso del arbitraje internacional de inversiones, éstas se originan en disposiciones de derecho internacional público, como son los tratados bilaterales de inversiones, y la sujeción a arbitraje no proviene necesariamente de un contrato, sino de la oferta unilateral de parte del Estado receptor por medio de un Tratado Bilateral de Inversiones que abarca a cualquier inversionista que cumpla con las condiciones determinadas en dicho tratado.

5.15.3.13 Esta distinción también afecta a la naturaleza de la responsabilidad que se deriva de un laudo en materia de arbitraje comercial o en materia de arbitraje de inversiones, así, en el caso del arbitraje comercial la responsabilidad de la parte incumplida es generalmente civil contractual, mientras que en el arbitraje de inversiones la responsabilidad es internacional del Estado por el incumplimiento de una obligación de derecho internacional público.

---

<sup>9</sup> Salini Costruttori S.P.A. and Italstrade S.P.A. v. Kingdom of Morocco, ICSID Case No. ARB/00/4, Decision on Jurisdiction, 16 July 2001, ¶ 52

<sup>10</sup> Ejemplo tomado de R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman. (2005). Foreign investment disputes. La Haya: Kluwer Law International.



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

### 5.15.4 El alcance de la frase “entre el Estado y personas jurídicas privadas”.

5.15.4.1 Finalmente, un tratado o convenio de inversiones podría establecer varios tipos de mecanismos de solución de controversias, estableciendo a su vez quienes serían los sujetos aptos para activar tales mecanismos, sean controversias Estado-Estado, o Estado-privados de otro Estado, o incluso entre privados nacionales de Estados parte.

5.15.4.2 La redacción del artículo 422 de la Constitución se refiere solamente al caso de controversias entre el Estado y personas jurídicas privadas. Es decir, aquellas controversias Estado-Estado y privado-privado se encuentran excluidas del mismo.

### 5.15.5 CONCLUSIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ART. 422 CONSTITUCIONAL:

5.15.5.1 Como expuse arriba, el entendimiento literal técnico de los términos empleados por el artículo 422 determina el alcance de su prohibición excepcional.

5.15.5.2 Considerando este entendimiento, se presentan dos posibilidades: a) el artículo 422 tiene una redacción tan poco prolija que, en efecto, no establece prohibición alguna, o b) considerando el principio de efecto útil, prohíbe un tipo específico y determinado de Tratado en el que se cumplan ciertos requisitos específicos.

5.15.5.3 Dado que no se puede interpretar que la prohibición alcanza lo que la Constitución expresamente no prohíbe, solamente podría interpretarse que están prohibidos aquellos tratados que cumplan los siguientes requisitos:

<b>Tabla 1 – Criterios que debe cumplir un Tratado para estar sujeto a la prohibición del art. 422 inciso 1 de la Constitución</b>	
a.	Debe regular disputas de derecho local
b.	Debe referirse a controversias contractuales o comerciales



## PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

c. Debe referirse a disputas entre el Estado y un tercero privado
d. El Tratado debe incluir una cláusula arbitral como método de disputas de derecho local, renunciándose a las cortes nacionales.
e. El arbitraje pactado debe ser de naturaleza internacional.

5.15.5.4 Estos requisitos se verificarían, por ejemplo, en un supuesto en el que el Estado suscriba un Tratado en el que se establezca que una controversia de contratación pública (derecho local en la que se suscribe un contrato Estado - privado) de provisión de bienes (naturaleza comercial) en la que se renuncie a la jurisdicción ordinaria (Tribunales Contencioso Administrativos) para establecer un mecanismo obligatorio de arbitraje internacional.

5.15.5.5 Estos supuestos, más que referirse a los que conocemos como “TBI” (BITS en inglés), parecen referirse a los que en doctrina se conocen como “TBA”, Tratados Bilaterales de Arbitraje (BATS, en inglés), en los que dos Estados celebran un tratado bilateral a efectos de que todas las controversias comerciales de cierta categoría entre sus nacionales se resuelvan, por defecto, como arbitraje comercial internacional, excluyendo a los tribunales ordinarios de ambas partes<sup>11</sup>.

5.15.5.6 Aún en este supuesto, tal Tratado estaría sujeto a la excepción del párrafo segundo del artículo 422, que permite -aun en estos supuestos- pactar arbitraje en instancias regionales latinoamericanas (*arbitraje administrado con sede regional*) o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (*arbitraje ad-hoc*).

5.15.5.7 Por lo expuesto, se concluye claramente que las alegaciones de las Legitimadas Activas respecto del artículo 422 son absolutamente improcedentes, pues las mismas plantean una interpretación errada y absolutista de prohibición total del arbitraje internacional para el Estado, que, evidentemente, no se corresponde al texto constitucional. La afirmación que hacen al indicar que el constituyente “proscribió el arbitraje internacional para todas las instituciones

---

<sup>11</sup> *BITS, BATS and BUTS: Reflections on International Dispute Resolution*, University of Pennsylvania Law School, 28 April 2014.



## **PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

públicas” es absolutamente equivocada, lo que demuestra que ni siquiera se han molestado en leer la Constitución ni la LAM.

5.15.5.8 El Estado puede -como en efecto lo hace- suscribir convenios arbitrales, requiriendo la autorización de la Procuraduría General del Estado. Lo que se encuentra habilitado expresamente por el artículo 190 de la Constitución y el artículo 42 de la LAM.

5.15.5.9 Basta la lectura de estas normas para desechar las API objeto de este pronunciamiento.

5.15.5.10 Por otra parte y no como sostienen las Legitimadas Activas, el objetivo del artículo 3 del RLAM es justamente cumplir con el artículo 190 de la Constitución, al mencionar que el arbitraje internacional que tenga como sede el extranjero debe contar con un requisito adicional que es el pronunciamiento del Procurador General del Estado. Con ello la norma impugnada pretende fortalecer la participación del Estado de forma previa a la suscripción de un convenio arbitral y a la par fortalecer y garantizar la seguridad jurídica.

5.15.5.11 De esta forma, queda claro que el objetivo que tiene el dictamen del Procurador General del Estado es garantizar que el convenio al cual se está sometiendo el Estado sea válido y no contrario a la Constitución y las demás leyes del ordenamiento jurídico.

### **VI PETICIÓN**

De la argumentación expuesta en los acápites anteriores, queda demostrada la inexistencia de violación a norma constitucional alguna, por lo que se solicita a sus Autoridades desechar de plano la demanda de inconstitucionalidad, considerando además la insuficiente y pobre justificación de las Legitimadas Activas para desvirtuar la presunción de constitucionalidad de las disposiciones impugnadas. Asimismo, respetuosamente manifestamos que la inconstitucionalidad normativa debe ser aplicada como último recurso en estricto apego al principio *in dubio pro legislatore*, y a lo ordenado en los números 2, 3 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional.

### **VII AUTORIZACIÓN**

Autorizo a los abogados Isabel Noboa Nowak, Carla Guerra Barreiro, Yolanda Salgado Guerrón, María Mercedes Idrovo, Hugo Aguiar Lozano, Joaquín Ponce Díaz y Roberto



**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR**

Andrade Malo; Asesores de esta Secretaría General Jurídica, para que intervengan y suscriban cuanto escrito fuere necesario.

Notificaciones que me correspondan, las seguiré recibiendo en la casilla constitucional No. 001 y en las siguientes direcciones electrónicas: [nsj@presidencia.gob.ec](mailto:nsj@presidencia.gob.ec) y [sgj@presidencia.gob.ec](mailto:sgj@presidencia.gob.ec)

Fabián Pozo Neira  
**SECRETARIO GENERAL JURÍDICO**  
**PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA**