



Inicio > Actualidad > El problema del arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre el Estado ecuatoriano e inversionistas: una situación impensable (por ahora) de cara a la realidad peruana

ACTUALIDAD > [ARBITRAJE Y CONCILIACIÓN](#) > [MAYEÚTICA](#) > [VOTO DISIDENTE](#)

El problema del arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre el Estado ecuatoriano e inversionistas: una situación impensable (por ahora) de cara a la realidad peruana

10 agosto, 2023 | 123 vistas

Hugo R. Gómez Apac^{1,2}

Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas (UDLA) del Ecuador.

Perú y Ecuador tienen muchas cosas en común, como las mismas lenguas (el castellano y el quechua, o «kichwa», como se dice en el segundo, mayoritariamente habladas), las mismas raíces históricas (el incanato, el virreinato y la gesta independentista), un mestizaje racial y cultural similar, biodiversidad y abundantes recursos naturales, música y danzas parecidas, una deliciosa gastronomía, la religiosidad católica, entre otras. El 26 de octubre de este año se cumplirán 25 años de la firma del Acuerdo de Paz entre Ecuador y Perú, países vecinos y hermanos que junto con Bolivia y Colombia forman parte de la Comunidad Andina, el proceso de integración regional más exitoso y longevo de Sudamérica.

Pero también hay diferencias, y una de ellas, relacionada con sus respectivos ordenamientos jurídicos, es lo relativo al arbitraje internacional como mecanismo de solución de controversias entre el Estado e inversionistas.

Lo que dice y no prohíbe la Constitución peruana

En el Perú, el art. 63 de su Constitución Política (1993) señala que la inversión nacional y extranjera están sujetas a las mismas condiciones. Asimismo, que el Estado y las demás personas de derecho público pueden someter las controversias derivadas de una relación contractual a tribunales constituidos en virtud de tratados en vigor, así como también pueden someterlas a arbitraje nacional o internacional, en la forma que lo disponga la ley.

No existe disposición alguna en la Constitución peruana que prohíba a los inversionistas —amparados en acuerdos internacionales de inversión (tratados bilaterales de protección y promoción recíproca de inversiones – BITS^[3], los capítulos sobre inversiones de los tratados de libre comercio – TLC, etc.)—[4] demandar al Estado peruano ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en adelante, el CIADI), una organización internacional que forma parte del Grupo del Banco Mundial.

El CIADI no es un tribunal arbitral internacional, sino un centro de administración de procesos arbitrales (y de procesos de mediación y de conciliación), de cuya lista de árbitros (de todas las nacionalidades, incluidas las latinoamericanas, y de todas las tendencias, tanto pro inversionistas como pro Estado) las partes en litigio pueden escoger los de su preferencia, e incluso designar una sede arbitral latinoamericana.^[5]

La prohibición constitucional para que el CIADI conozca controversias entre el Estado ecuatoriano e inversionistas

En el año 2008, durante el gobierno de Rafael Correa, se aprobó la Constitución de la República del Ecuador (en lo sucesivo, la CRE), conocida también como la Constitución de Montecristi.

El primer párrafo del art. 422 de la CRE establece que no se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. Su segundo párrafo exceptúa a los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

El primer párrafo de la disposición constitucional citada contiene una prohibición, y como tal es una norma jurídica que debe ser interpretada de modo restrictivo. No cabe una interpretación amplia o expansiva ni la analogía.

Así, en estricto sentido, el arbitraje internacional está prohibido como mecanismo de resolución de «controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas». El origen de la controversia es una relación contractual o comercial entre el Estado ecuatoriano y particulares (personas naturales o jurídicas), y estos pueden ser o no inversionistas extranjeros.

Mediante Decreto Ejecutivo 1823 del 2 de julio de 2009, el presidente Correa denunció y dio por terminado el «Convenio sobre Arreglos de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de otros Estados» (en adelante, el **Convenio CIADI**), al cual se había adherido Ecuador el 15 de enero de 1986, ratificado mediante Decreto Ejecutivo 1417-B del 6 de abril de 2001. Entre los fundamentos del Decreto Ejecutivo 1823 se menciona la prohibición contenida en el primer párrafo del art. 422 de la CRE.

Por Decreto Ejecutivo 122 del 16 de julio de 2021, el presidente Guillermo Lasso ratificó nuevamente el Convenio CIADI, teniendo en consideración que mediante Dictamen 5-21-TI-21 del 30 de junio de 2021, la Corte Constitucional del Ecuador (en lo sucesivo, la CCE) había resuelto que dicho tratado internacional no requería aprobación legislativa ni dictamen previo de constitucionalidad.

La CCE consideró, en el fundamento 34 del Dictamen 5-21-TI-21, que ninguna disposición del Convenio CIADI contiene el consentimiento del Estado ecuatoriano para someter diferencias ante los árbitros del CIADI. Para someter tales diferencias, el Ecuador debe consentir en que una o ciertas disputas sean resueltas bajo dicho convenio marco pero a través de «otro acto» (distinto al Convenio CIADI), que puede ser un contrato de inversión, un tratado bilateral o multilateral de inversión o una ley de protección de inversiones.

Como puede apreciarse, el Dictamen 5-21-TI-21 avaló el Convenio CIADI, pero precisando que ello no significaba aceptar que el CIADI conozca controversias entre el Estado ecuatoriano e inversionistas. En una Nota de Prensa sobre su pronunciamiento, la CCE mencionó que el Convenio CIADI es un convenio marco en el que se establece la posibilidad de que el Estado ecuatoriano acuda al arbitraje internacional, pero para que pueda concretarse esta posibilidad de acudir a una corte internacional, **deben existir convenios arbitrales específicos**. Asimismo, la corte recordó que, en caso de que el Estado ecuatoriano suscriba tratados en materia de protección de inversiones con posterioridad, cada uno de ellos debía ser objeto de pronunciamiento de la CCE, previo a determinar si corresponde su aprobación legislativa y su posterior ratificación.^[6]

El Dictamen 5-21-TI-21 contó con el voto salvado de dos jueces constitucionales; uno de ellos Enrique Herrera Bonnet. Dicho voto señaló que la sola firma del Convenio CIADI, y la falta de ratificación previa por parte de la Asamblea Nacional, hacía surgir el riesgo de que al Ecuador se le exija arreglar sus diferencias en materia de inversiones en la sede del CIADI. El voto salvado agregó que debía tomarse en cuenta la prohibición contenida en el art. 422 de la CRE.

El tratado posterior que contiene disposiciones en materia de protección de inversiones

El 1 de marzo de 2023, se firmó el «Acuerdo de Asociación Comercial entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica» (en adelante, el «**Acuerdo**» o el «**TLC Ecuador – Costa Rica**»), el cual tiene como objetivos estimular la expansión y diversificación del comercio, eliminar los obstáculos innecesarios al comercio y facilitar la circulación transfronteriza de mercancías y servicios, promover condiciones de libre competencia en la zona de libre comercio, proteger los derechos de propiedad intelectual, aumentar las oportunidades de inversión, entre otros.

El capítulo 15 del TLC Ecuador – Costa Rica, que trata sobre la protección de las inversiones, contiene disposiciones conforme a las cuales una controversia entre un Estado parte y un inversionista (persona natural o jurídica privada) del otro Estado parte se resolverá a través de: (i) un arbitraje en el CIADI de acuerdo con el Convenio del CIADI; (ii) un arbitraje de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la CNUMDI^[7]; o, (iii) un arbitraje ad-hoc o ante cualquier otra institución de arbitraje o bajo cualesquiera otras reglas de arbitraje.

El voto en mayoría del Dictamen 2-23-TI/23

Mediante el Dictamen 2-23-TI/23 del 28 de julio de 2023, la CCE ha declarado por mayoría (5 votos contra 4) la inconstitucionalidad de las disposiciones del capítulo 15 del TLC Ecuador – Costa Rica que regulan el arbitraje como mecanismo de solución de controversias entre un inversionista y el Estado anfitrión.

Para el voto en mayoría, bajo la ponencia del juez Enrique Herrera Bonnet, el haber acordado que los inversionistas costarricenses tengan la posibilidad de demandar al Estado ecuatoriano ante el CIADI viola el art. 422 de la CRE.

Los fundamentos esenciales de dicho voto fueron los siguientes:

- El art. 15.20 del Acuerdo cede jurisdicción soberana a una instancia de arbitraje internacional. El inversionista, sin agotar una instancia doméstica, acudiría a una institución internacional de arbitraje, lo que supondría que el Estado ecuatoriano sea juzgado bajo un ordenamiento distinto al suyo, transfiriendo de esa forma su jurisdicción. El Estado no podría ejercer su soberanía, y podría ser objeto de laudos que no respeten criterios como la protección del interés general y nacional.^[8]
- Menciona que hay controversias sobre inversiones que tienen un origen contractual. Por ejemplo, cuando el inversionista firma con el Estado un contrato de llave en mano.^[9]
- El art. 422 se refiere a controversias entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas. Cosa distinta es que el TLC Ecuador – Costa Rica sea un acuerdo entre estados.^[10]
- Si bien el capítulo 15 del Acuerdo trata sobre controversias entre el Estado ecuatoriano y ciudadanos latinoamericanos (los costarricenses), el CIADI no es una instancia arbitral regional. Tampoco se aplicaría la excepción que refiere a «*órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*», pues dicho capítulo da la facultad de elegir a la parte demandante —ya sea inversionista o Estado— de someter la reclamación a cualquier institución de arbitraje y bajo cualquier regla de arbitraje.^[11]

El voto en minoría del Dictamen 2-23-TI/23

Emittieron voto salvado (voto disidente) cuatro juezas constitucionales^[12]. Básicamente sostuvieron lo siguiente:

- El TLC Ecuador – Costa Rica no es un mecanismo de mero intercambio de mercancías o de protección de inversiones de particulares, sino un proceso de integración, por lo que, por un lado, debió tomarse en cuenta el art. 423 de la CRE que define a la integración latinoamericana como un objetivo estratigado del Estado; y, por el otro, el Acuerdo debe ser observado y valorado desde los postulados del Derecho de la Integración.^[13]
- El capítulo 15 del Acuerdo no prevé una sola institución o modalidad arbitral, sino que contempla varias alternativas cuya elección dependerá del consentimiento y voluntad de las partes.^[14]
- Dicho capítulo no cede jurisdicción soberana alguna, pues el ordenamiento jurídico doméstico del Ecuador ya ha determinado de manera expresa que se deberá pactar arbitraje para la resolución de controversias relativas a inversiones. En efecto, el Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones (COPCI), conforme a una modificación efectuada el 2018, establece que el Estado ecuatoriano deberá pactar arbitraje nacional o internacional para resolver disputas generadas a través de contratos de inversión; y que para los contratos de inversión que superen los diez millones de dólares, el Estado deberá pactar arbitraje nacional o internacional en derecho.^[15]
- El arbitraje ha sido reconocido por la CRE como un mecanismo alternativo de solución de conflictos con plena eficacia y validez jurídica.^[16]
- El Acuerdo encaja en la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 422 de la CRE, que establece una disyunción entre «instancias arbitrales regionales» y «aquellas designadas por las partes», de modo que lo establecido en su capítulo 15 trata en rigor de lo segundo; esto es, instancias designadas por Ecuador y Costa Rica.^[17]

Lo que no dijeron ni el voto en mayoría ni el voto en minoría

La prohibición contenida en el primer párrafo del art. 422 de la CRE se refiere a controversias contractuales (o de índole comercial) entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas privadas. Esto supone, claramente, la existencia previa de una relación contractual o comercial entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas privadas. La controversia nace de la relación contractual o comercial. Así, por ejemplo, un contrato de concesión en el que el concedente es el Estado ecuatoriano (representado por una entidad pública) y el concesionario una persona jurídica (*u.g.*, una sociedad anónima). Una controversia derivada de este contrato de concesión sería una controversia contractual entre el Estado ecuatoriano y una persona jurídica. Otro ejemplo podría ser el caso en el que, como consecuencia de una relación comercial, una entidad estatal ecuatoriana es acreedora o deudora del pago de una obligación dineraria y surge una controversia con la otra parte de la relación comercial, que es una persona natural o jurídica privada.

Por virtud de la prohibición establecida en el inciso primero del art. 422 de la CRE, las controversias mencionadas a título de ejemplo en el párrafo anterior no podrían ser resueltas a través de un arbitraje ante el CIADI.

Ahora bien, las controversias que podrían suscitarse entre el Estado ecuatoriano e inversionistas (costarricenses o no) pueden tener o no un origen contractual o comercial; es decir, hay controversias en materia de inversiones que tienen un origen contractual, y hay controversias sobre dicha materia que tienen un origen extracontractual.

Son ejemplos de controversias en materia de inversiones de carácter extracontractual los que plantea el inversionista por la ejecución de una expropiación legal, por la dación de un impuesto confiscatorio o por los típicos casos de expropiación indirecta (llamada también expropiación regulatoria). Un ejemplo de esto último es el cambio de zonificación o uso de suelo que prohíbe el desarrollo de una actividad económica que antes podía realizarse. En todos estos ejemplos, el Estado no actúa como contratante o en el marco de una relación comercial, sino como autoridad en ejercicio de potestades de derecho público (o poder de imperio). Cuando un ministerio o municipalidad (en Ecuador) promueve un procedimiento de expropiación, no está estableciendo una relación contractual o comercial con el expropiado, sino que está generando, de manera unilateral, y en ejercicio de una potestad administrativa, un procedimiento administrativo expropiatorio. Cuando la Asamblea Nacional aprueba una ley que crea un impuesto y luego el Presidente promulga dicha ley, no se ha establecido una relación contractual o comercial con los contribuyentes. Estos tienen que pagar el impuesto, confiscatorio o no, al existir relaciones jurídicas de derecho público en las que la correspondiente administración pública actúa en ejercicio de su potestad tributaria. Y si una municipalidad, mediante una ordenanza, modifica las normas sobre zonificación o uso de suelo, de modo que una actividad económica deja de estar permitida en un área del cantón correspondiente, no está estableciendo una relación contractual o comercial con los vecinos de dicho cantón.

Un inversionista, costarricense o de otro país, podría considerar que su inversión está siendo afectada por una expropiación, por un impuesto confiscatorio o por un cambio de zonificación, y demandar al Estado ecuatoriano ante el CIADI, reclamando una indemnización. Sería una controversia entre el Estado ecuatoriano y un inversionista, pero de carácter extracontractual, por lo que no se subsumiría en la prohibición prevista en el primer párrafo del art. 422 de la CRE.

En el Dictamen 2-23-TI/23, la Corte Constitucional (el voto en mayoría) debió diferenciar las controversias en materia de inversión que tienen carácter contractual de las que tienen naturaleza extracontractual. Las primeras no pueden ser resueltas a través del arbitraje ante el CIADI conforme a la interpretación restrictiva (vigente) de dicha corte; las segundas, en cambio, sí.

Reflexiones finales

Coincidimos con el voto salvado de las cuatro juezas constitucionales en cuanto se expresaron a favor de la integración latinoamericana y reconocieron que el Acuerdo establece varias modalidades arbitrales. Adicionalmente, acertaron al indicar que el capítulo 15 del TLC Ecuador – Costa Rica se encuadra en la excepción prevista en el segundo párrafo del art. 422 de la CRE, pues se trata de un instrumento internacional que establece la solución de controversias entre Estados y ciudadanos de Latinoamérica (los costarricenses) por órganos jurisdiccionales (los tribunales arbitrales administrados por el CIADI lo son) de designación de los países signatarios (Ecuador y Costa Rica).

El voto disidente menciona la necesidad de interpretar la Constitución con miras a favorecer la integración latinoamericana. Es lo apropiado. Una interpretación con este enfoque privilegia que la integración se concrete y que las diferencias se solucionen de la mejor forma posible.

El acceso al CIADI da mayor confianza a los inversionistas, y lo que más necesita Ecuador en estos tiempos (lo mismo que el Perú y otros países latinoamericanos) es promover la inversión privada, sea esta extranjera o nacional. Es este tipo de inversión la que puede hacer sostenible, en el mediano y largo plazo, el crecimiento de la economía, el aumento del empleo y la reducción de la pobreza.

Colofón desde la perspectiva peruana

Si bien en el Perú los inversionistas extranjeros pueden acudir al CIADI en caso consideren que el Estado (a través de cualquier entidad pública) está afectando sus inversiones, e independientemente de si la controversia tiene un origen contractual o extracontractual, todavía queda el peligro de que alguna autoridad política, de ocurrirsele ordenar el incumplimiento de lo pactado en un contrato de concesión protegido por un acuerdo internacional de inversión, genere la responsabilidad del país de pagar indemnizaciones millonarias.

Quito, agosto de 2023.

Referencias

^[1] Profesor en la Facultad de Jurisprudencia de la Pontificia Universidad Católica del Ecuador (PUCE) y en la Facultad de Derecho de la Universidad de Las Américas (UDLA) del Ecuador.

^[2] El autor agradece la revisión y valiosas sugerencias de los doctores Iñigo Salvador Crespo y Luis Felipe Aguilar Fejó, emitidas en un contexto estrictamente académico, amical e informal.

^[3] Por sus siglas en inglés.

^[4] Sobre el particular, se recomienda leer: Franz Kundmüller Caminiti, *Capítulo XV – Arbitraje en Inversión, Expropiación y “derecho administrativo global”*, en AA.VV. (Mario Linares Jara, et. al., coordinadores), *Contratos del Estado, Arbitraje y Derecho Administrativo*, Tirant lo Blanch, Bogotá, 2022, pp. 457-491.

^[5] Párrafo sugerido por Iñigo Salvador Crespo.

^[6] <https://www.corteconstitucional.gob.ec/dictamen-5-21-ti-21-necesidad-de-aprobacion-legislativa/>.

^[7] Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional.

^[8] Fundamento 176.

^[9] Fundamento 182.

^[10] Fundamentos 184 y 185.

^[11] Fundamentos 189 y 190.

^[12] Teresa Nuques Martínez, Karla Andrade Quevedo, Carmen Corral Ponce y Daniela Salazar Marín.

^[13] Fundamentos 6 al 10 del voto salvado.

^[14] Fundamento 14 del voto salvado.

^[15] Fundamento 19.2 del voto salvado.

^[16] Fundamento 19.6 del voto salvado.

^[17] Fundamentos 24 y 26 del voto salvado.

0 ❤️ f x in id

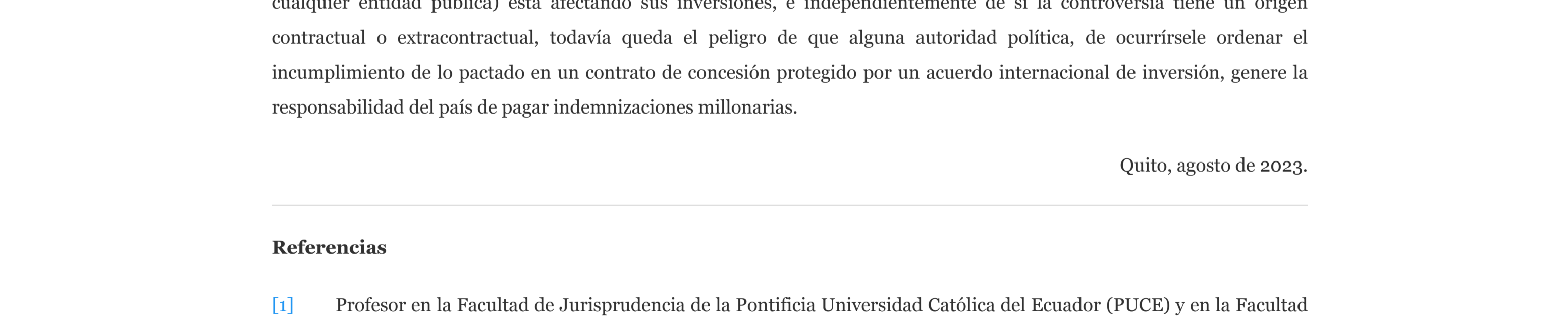
Publicación anterior

Ministerio de Justicia y Derechos Humanos: Más de 70 mil universitarios participaron en el programa SECIGRA Derecho desde 1993

Siguiente publicación

Lo barato sale caro: improvisación urbana en tiempos del fenómeno del niño

ARTÍCULOS RELACIONADOS



¿Volvemos a la normalidad?

12 agosto, 2025

Repaso jurisprudencial del derecho al plazo razonable y los efectos de su vulneración en...

5 agosto, 2025

Trabajo infantil, informalidad y roles de género

1 agosto, 2025