

EL TRATAMIENTO DEL ARBITRAJE EN LA NUEVA CONSTITUCIÓN

Por: Armando Serrano Puig

Gracias a una cordial invitación del INSTITUTO ECUATORIANO DE ARBITRAJE IEA y del CENTRO INTERNACIONAL DE ARBITRAJE Y MEDIACIÓN, CIAM, nos cabe el honor de presentar a ustedes cual es, en nuestra opinión, la forma como se trata al arbitraje en el proyecto de nueva Constitución. Y aclaro que nos referimos a aquel arbitraje que en medios internacionales es conocido como arbitraje comercial, pero que en la realidad ecuatoriana es ya no sólo comercial, pues superó ese ámbito, pudiendo abarcar cualquier otra materia en la que quepa la transacción. Y digo que nos vamos a referir sobre todo a este arbitraje, pues es éste el que ha tenido en los últimos once años un desarrollo inusitado y una gran acogida sobre todo en los medios de negocios del Ecuador.

Comienzo, entonces, por referirme a la forma como está previsto en la Constitución vigente (pero desgraciadamente archivada o arrumada en algún recóndito rincón de alguna triste buhardilla, pues sucede con esta Constitución lo mismo que en su tiempo aconteció con las adelantadas **Leyes de Indias**, de las que los responsables de su cumplimiento en las colonias españolas de América, decían: “*Se acata pero no se cumple*”), esto es, en la Constitución de 1998, esta cada vez más importante institución del arbitraje como medio eficiente de solucionar controversias o disputas en forma alterna a la justicia ordinaria.

Y es preciso previamente hacer notar que nunca antes de 1998 se reconoció en ninguna del enorme número de constituciones que ha tenido este pobre Ecuador, al

SERRANO PUIG ABOGADOS

arbitraje como método de solución de controversias, y peor con la fuerza y el carácter que le asigna la Constitución de 1998. Y es que fue en esta Constitución en que por primera vez en la historia de lo que ahora es el Ecuador, el arbitraje es constitucionalmente reconocido y elevado a esa alta jerarquía en la ley de leyes.

CONSTITUCIÓN DE 1998

En la Constitución que entró en vigencia el 10 de agosto de 1998 se consignan las siguientes disposiciones relacionadas con el arbitraje:

“Art. 35.- El trabajo es un derecho y un deber social. Gozará de la protección del Estado, el que asegurará al trabajador el respeto a su dignidad, una existencia decorosa y una remuneración justa que cubra sus necesidades y las de su familia. Se regirá por las siguientes normas fundamentales: (...)

4. **Los derechos del trabajador son irrenunciables.** *Será nula toda estipulación que implique su renuncia, disminución o alteración (...)*
5. **Será válida la transacción en materia laboral,** *siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente (...).*
13. **Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje,** *integrados por los empleadores y trabajadores, presididos por un funcionario del trabajo. Estos tribunales serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos.*

Hemos destacado tres normas del Art. 35 de esta Constitución de 1998, puesto que todas ellas tienen estrecha relación con el arbitraje, como lo pasamos a ver, pero comenzando por la última, relacionada con los conflictos colectivos de trabajo.

Arbitraje Forzoso para la solución de conflictos colectivos de trabajo

El primer antecedente que el Derecho Constitucional ecuatoriano registra de una mención al arbitraje, se halla en la Constitución de 1929, pues ella previó ya, obviamente por influencia de toda la corriente tanto internacional como nacional para

SERRANO PUIG ABOGADOS

proteger los derechos de los trabajadores, algunas disposiciones en tal sentido y entre ellas, ya esta de que *“Para la solución de los conflictos del capital y el trabajo, se constituirán tribunales de conciliación y arbitraje”* (Garantía N° 24 tercer inciso, Art. 151, De Las Garantías Fundamentales), precepto se ha venido repitiendo Constitución tras Constitución desde entonces, con un texto que en la Constitución de 1945 fue mejorado y que desde entonces se mantiene en términos muy similares, así:

- En la de 1945, en su artículo 148, norma fundamental *“y) Los conflictos colectivos de trabajo serán sometidos a comisiones de conciliación y arbitraje, compuestas por trabajadores y patronos, presididas por un funcionario del trabajo”*;
- En la de 1946, en su artículo 185, norma fundamental *“II) Para la solución de los conflictos de trabajo se constituirán **Tribunales de Conciliación y Arbitraje**, compuestos de trabajadores y patronos, presididos por un funcionario del trabajo”*;
- En la de 1967, en su artículo 64 “Garantías del Trabajo”, norma *“13ª- Para la solución de los conflictos colectivos de trabajo en todas sus instancias, se constituirán **Tribunales de Conciliación y Arbitraje** integrados por representantes de empleadores y trabajadores, bajo la presidencia de un funcionario público”*; y,
- En la de 1978, en su artículo 31, norma fundamental *“k) los conflictos colectivos de trabajo son sometidos a **Tribunales de Conciliación y Arbitraje** integrados por los trabajadores y empleadores, presididos por un funcionario del trabajo; tribunales que son los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos”*.

Vemos, entonces, que ya en la Constitución de 1929 se incluye la primera mención al arbitraje, aun cuando al arbitraje forzoso para resolver conflictos colectivos de trabajo, pero al arbitraje en fin. Y es ya una pica en Flandes.

Arbitraje Comercial.-

Pero nuestra atención en este momento está más centrado en lo que se relaciona con el arbitraje generalmente conocido como *“comercial”*, que a diferencia del

SERRANO PUIG ABOGADOS

forzoso es arbitraje voluntario y por ello y como requisito *sine qua non* que requiere de consentimiento previo y expreso de las partes, y por el cual ellas sacan a su controversia del sistema ordinario de administración de justicia, para llevarlo a este sistema alternativo en el cual las mismas partes tienen además del derecho de escoger sus propios árbitros, el derecho de crear un procedimiento especial para la resolución de su controversia, la posibilidad de escoger incluso el derecho sustantivo a aplicarse a su conflicto, el derecho a elegir el lugar, el idioma, etc. del arbitraje.

Entonces, es respecto de este arbitraje que debemos remitirnos al texto del Art. 191 de la Constitución de 1998, que dice:

“Art. 191.- El ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la Función Judicial. Se establecerá la unidad jurisdiccional.

De acuerdo con la ley habrá jueces de paz, encargados de resolver en equidad conflictos individuales, comunitarios o vecinales.

Se reconocerán el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la resolución de conflictos, con sujeción a la ley.

Las autoridades de los pueblos indígenas ejercerán funciones de justicia, aplicando normas y procedimientos propios para la solución de conflictos internos de conformidad con sus costumbres o derecho consuetudinario, siempre que no sean contrarios a la Constitución y las leyes. La ley hará compatibles aquellas funciones con las del sistema judicial nacional”.

Claro que con anterioridad a que se dicte y apruebe esta Carta Constitucional en el Ecuador se había ya promulgado (Registro Oficial N° 145, de 4 de septiembre de 1997) la nueva Ley de Arbitraje y Mediación que reemplazó –y obviamente derogó– la anterior Ley de Arbitraje Comercial y también las normas que sobre arbitraje recogía el Código de Procedimiento Civil, las que nunca fueron lo suficientemente favorables para el desarrollo del arbitraje, como que prácticamente no se produjeron arbitrajes en el Ecuador, al menos al amparo de las normas pertinentes del Procedimiento Civil; mientras que con las normas de la Ley de Arbitraje Comercial tal vez se dieron en la Cámara de Comercio de Quito, unos cinco casos de procesos o juicios arbitrales en sus aproximadamente 35 años de vigencia. Pues bien, ha sido la nueva ley, que está basada fundamentalmente en la Ley Modelo de la CNUDMI

SERRANO PUIG ABOGADOS

(UNCITRAL, por sus siglas en inglés), la que ha permitido el desarrollo del arbitraje como un real y efectivo medio alternativo de solución de controversias.

Vemos, entonces, que en la Constitución todavía vigente la único que se hace es reconocer al arbitraje como un medio para la resolución de conflictos.

Sin embargo, cabe destacar que lo más importante es que este reconocimiento consta en el artículo constitucional que trata de la Función Judicial, en el primero de ellos, en aquel que es también el primero de los que fijan los principios rectores de la actividad judicial. Entonces, lo importante es que se pone al arbitraje en el mismo nivel que la justicia ordinaria, que la justicia legal. En efecto, en el primer inciso del Art. 191 se prescribe que el «*ejercicio de la potestad judicial corresponderá a los órganos de la función judicial*», estableciendo así, entonces, la vigencia constitucional de la justicia legal u ordinaria, esto es, la que depende y proviene de la Función Judicial. Y es en el inciso tercero de este mismo artículo, en el que se reconoce al **ARBITRAJE**, también a la **MEDIACIÓN** y se abre la puerta a otros «*procedimiento alternativos para la resolución de conflictos*», y todo esto, con sujeción a la ley, lo que quiere decir que las normas que regulen todos estos procesos alternativos, tienen que tener el carácter de ley.

Este fue, sin lugar a dudas, un enorme avance en materia de desarrollo y progreso de la justicia en el país. Un avance tan importante, que ha permitido que a nivel nacional (y nos disculpamos por no proporcionar datos estadísticos –que en verdad no sabemos siquiera si existen–, sino hacer esta mención basada solamente en apreciaciones personales) tal vez unos ciento cuarenta casos se resuelvan anualmente por fuera del sistema de justicia ordinaria, a través de arbitraje, sin tomar en cuenta el mucho mayor número de conflictos que se resuelven a nivel de mediación.

Baste recordar, para confirmar lo dicho, el ya largo número de centros de arbitraje y mediación, de centros solamente de arbitraje y un mucho mayor número aún, de

SERRANO PUIG ABOGADOS

centros de solamente mediación, que al momento se encuentran legalmente autorizados para administrar conflictos, insisto, unos en arbitraje y mediación, otros solamente en arbitraje o solamente en mediación.

Y sin referirnos, ni pretender hacerlo, a las obvias ventajas que el arbitraje conlleva frente a la justicia ordinaria, y que probablemente ya son conocidas por todos los asistentes a este acto, debo enfatizar que su contribución a la paz social, como finalidad última de la justicia, es, entonces, evidente, con la contribución adicional que se traduce en el consiguiente descongestionamientos de los saturados juzgados y tribunales de la República.

PROYECTO DE CONSTITUCIÓN

Lo ya expuesto, relacionado con el tratamiento del arbitraje en la Constitución vigente, sirve de introducción para referirnos al tratamiento que en el proyecto de Constitución que será sometido a referéndum el próximo 28 de los corrientes, advertimos se da a esta cada vez más importante institución del **ARBITRAJE**.

Obviamente, comenzamos por transcribir el texto de las normas que este ampuloso, reglamentario al extremo, obeso y mal redactado proyecto de Constitución contiene sobre esta materia, latamente considerada, esto es, las que se refieren no necesaria y exclusivamente al arbitraje, sino también directa o indirectamente en general a los métodos alternos de solución de conflictos (MASC), o que de alguna manera tengan relación con ellos, y lo hacemos en este momento siguiendo la numeración que han recibido en el proyecto de Constitución:

SERRANO PUIG ABOGADOS

TÍTULO II DERECHOS

(...)

Capítulo octavo Derechos de protección

Art. 76.- En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden, se asegurará el derecho al debido proceso que incluirá las siguientes garantías básicas: (...)

7. El derecho de las personas a la defensa incluirá las siguientes garantías: (...)

m) Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos.

TÍTULO III GARANTÍAS CONSTITUCIONALES

(...)

Sección sexta Acción por Incumplimiento

Art. 93.- La acción por incumplimiento tendrá por objeto garantizar la aplicación de las normas que integran el sistema jurídico, así como el cumplimiento de sentencias o informes de organismos internacionales de derechos humanos, cuando la norma o decisión cuyo cumplimiento se persigue contenga una obligación de hacer o no hacer clara, expresa y exigible. La acción se interpondrá ante la Corte Constitucional.

Sección séptima Acción extraordinaria de protección

Art. 94.- La acción extraordinaria de protección procederá contra sentencias o autos definitivos en los que se haya violado por acción u omisión derechos reconocidos en la Constitución, y se interpondrá ante la Corte Constitucional. El recurso procederá cuando se hayan agotado los recursos ordinarios y extraordinarios dentro del término legal, a menos que la falta de interposición de estos recursos no fuera atribuible a la negligencia de la persona titular del derecho constitucional vulnerado.

TÍTULO IV

SERRANO PUIG ABOGADOS

PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER

Capítulo primero Participación en democracia

(...)

Sección segunda Organización colectiva

(...)

Art. 97.- *Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.*

Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.

TÍTULO IV PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER

(...)

Capítulo cuarto Función Judicial y justicia indígena

(...)

Sección séptima Jueces de Paz

Art. 189.- *Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.*

*Las juezas y jueces de paz utilizaran **mecanismos de conciliación, dialogo, acuerdo amistoso** y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.*

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar

SERRANO PUIG ABOGADOS

donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.

Sección octava

Medios alternativos de solución de conflictos

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.

TÍTULO VI

RÉGIMEN DE DESARROLLO

Capítulo cuarto

Soberanía económica

(...)

Sección tercera

Formas de trabajo y su retribución

Art. 326.- *El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...)*

- 2.** *Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario.*
- 11.** *Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente.*
- 12.** *Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.*

TÍTULO VIII

RELACIONES INTERNACIONALES

(...)

SERRANO PUIG ABOGADOS

Capítulo segundo Tratados e instrumentos internacionales

(...)

«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.

Transcritas las normas debemos ir entonces a su análisis, y trataremos de hacerlo más bien en forma sistematizada, esto es, comenzando por lo relacionado con los conflictos colectivos de trabajo, para ir luego a la conciliación y mediación y, por último, al arbitraje y las normas que en él inciden.

Arbitraje Forzoso para la solución de conflictos colectivos de trabajo

Art. 326.- El derecho al trabajo se sustenta en los siguientes principios: (...)

12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje.

Siguiendo la ya hasta el momento relativamente larga tradición constitucional ecuatoriana, siguiendo entonces los ejemplos sentados por las Constituciones de 1929, 1945, 1946, 1967, 1978 y 1998, pero al mismo tiempo también apartándose de ellos, podemos decir que este proyecto de Constitución consigna con respecto a los conflictos colectivos de trabajo aparentemente la misma disposición que las anteriores. Pero, insisto, solo aparentemente, pues hay grandes y graves diferencias, como lo vamos a ver.

SERRANO PUIG ABOGADOS

En efecto, dispone que el derecho al trabajo se sustenta, entre otros, en el principio de que «**12. Los conflictos colectivos de trabajo, en todas sus instancias, serán sometidos a tribunales de conciliación y arbitraje**».

Encontramos, palabras más o palabras menos, y en lo que a semejanzas se refiere, que también según este proyecto de Constitución los conflictos colectivos de trabajo deben ser resueltos por tribunales de conciliación y arbitraje; pero encontramos también, como diferencias, comparando lo previsto por el proyecto de Constitución con el precepto constitucional vigente, que en este último se contemplan algunas menciones importantes que se omiten en el proyecto.

Pues si, según la vigente Carta Constitucional, los tribunales de conciliación y arbitraje deben integrarse por los **empleadores** y por los **trabajadores**; en el proyecto, en cambio, nada se dice al respecto, con lo cual no sería difícil que mañana, con la feria y baratillo legislativo de que ha hecho gala la famosa Asamblea Constituyente, o cualquier ásamela que la reemplace, se reforme el Código del Trabajo y se disponga, por ejemplo, que los tribunales de conciliación y arbitraje deben ser integrados solamente por representantes de los trabajadores, de las centrales sindicales y por funcionarios del Ministerio del Trabajo (o como quiera que se lo llame al momento, pues con la gigantesca proliferación de ministerios ya nos resulta difícil recordar el nombre de los tantos que hoy existen), con lo cual a los **empleadores** se les dejaría sin representación en ellos y, por tanto, prácticamente en la más absoluta indefensión. Nos atrevemos a pensar que algo similar más que una posibilidad, es una probabilidad en un futuro próximo, si se aprueba este proyecto constitucional redactado, como todas sabemos, por los asesores españoles y aprobado sumisamente por los levantamano de Montecristi.

Otra diferencia es que en la Constitución de 1998 se dispone que los tribunales de conciliación y arbitraje deben ser **presididos por un funcionario del trabajo**, dando a entender que debe ser un funcionario del Ministerio del Trabajo. Pero en el

SERRANO PUIG ABOGADOS

principio N° 12 del Art. 326 del proyecto de nueva Constitución, se guarda silencio también a este respecto, con lo cual mañana bien podría –y sería lo que se deba esperar– designarse al representante de los trabajadores para que presida el tribunal de conciliación y arbitraje, con la absolutamente segura manipulación del tribunal y sobre todo del proceso que este siga e incluso de los documentos probatorios que se presenten por las partes. Y digo esto, pues nuestra experiencia en este campo nos obliga a afirmar que es así como sucedería.

Por último, en el Art. 35, norma 13, de la Constitución supuestamente en vigencia, prescribe que «*Estos tribunales (los de conciliación y arbitraje, por supuesto) serán los únicos competentes para la calificación, tramitación y resolución de los conflictos*», y es otro aspecto en el que guarda elocuente silencio la constitución que se propone sea probada en el referéndum próximo, y con ello bien puede suceder, entonces y también, que el próximo legislador pueda mediante alguna reforma legal o a través de cualquier otro procedimiento ilegítimo como los **mandatos**, disponer que los conflictos colectivos sean resueltos en sede administrativa por cualquier autoridad dependiente del ejecutivo, que obviamente seguiría las instrucciones que se le impartan.

Vemos, entonces, un horizonte negro sobre esta delicada materia del arbitraje forzoso para la resolución de conflictos colectivos de trabajo, sobre todo frente a la clara orientación del socialismo del Siglo XXI y del nuevo absolutismo que se contienen en el proyecto Constitucional que analizamos.

Conciliación y Mediación

Entre los métodos alternos de solución de controversias (MASC) se incluyen normalmente el diálogo, la negociación, la conciliación, la mediación y el arbitraje, como métodos independientes pero al mismo tiempo complementarios unos de otros, o unos más que otros, o unos en función de otros. En todo caso, en la Ley de Arbitraje y Mediación se tiene a la conciliación y a la mediación como sinónimos, y

SERRANO PUIG ABOGADOS

se emplean estos dos vocablos indistintamente, y nosotros también y por consecuencia práctica, los tenemos por sinónimos, pues nuestra ley no admite diferencia entre ellos. Sin embargo, y toda vez que el proyecto de Constitución emplea la expresión “*conciliación*” en alguna norma, y el término “*mediación*”, en otras, vamos a referirnos a las respectivas normas de este proyecto de Constitución, por separado, comenzando por la conciliación para luego tratar de la mediación.

TÍTULO IV *PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER*

(...)

Capítulo cuarto *Función Judicial y justicia indígena*

(...)

Sección séptima *Jueces de Paz*

Art. 189.- Las juezas y jueces de paz resolverán en equidad y tendrán competencia exclusiva y obligatoria para conocer aquellos conflictos individuales, comunitarios, vecinales y contravenciones, que sean sometidos a su jurisdicción, de conformidad con la ley. En ningún caso podrá disponer la privación de la libertad ni prevalecerá sobre la justicia indígena.

*Las juezas y jueces de paz utilizarán **mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso** y otros practicados por la comunidad para adoptar sus resoluciones, que garantizarán y respetarán los derechos reconocidos por la Constitución. No será necesario el patrocinio de abogada o abogado.*

Las juezas y jueces de paz deberán tener su domicilio permanente en el lugar donde ejerzan su competencia y contar con el respeto, consideración y apoyo de la comunidad. Serán elegidos por su comunidad, mediante un proceso cuya responsabilidad corresponde al Consejo de la Judicatura y permanecerán en funciones hasta que la propia comunidad decida su remoción, de acuerdo con la ley. Para ser jueza o juez de paz no se requerirá ser profesional en Derecho.

En el inciso segundo de este artículo 189 encontramos una novedad que es la de obligar a los jueces de paz a utilizar mecanismos de **conciliación, diálogo**, etc., como medio para adoptar sus resoluciones.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Es importante anotar que esta es norma incluida en la Sección Séptima –que trata de los jueces de paz– del Capítulo Cuarto –que se refiere a la Función Judicial y a la justicia indígena–, del Título IV, que se denomina “Participación y Organización del Poder”, de este proyecto de Constitución, que es en el que despliega la parte orgánica de la Constitución.

Habíamos dicho pocas líneas antes, que entre los métodos alternos de solución de controversias (MASC) se incluye normalmente la **negociación**, y agregamos ahora que nos parece que en el proyecto de Constitución ha sido reemplazado con el **diálogo**, que estimamos es a todos los efectos sinónimo de negociación. Se dispone además, a los jueces de paz, la obligación de utilizar mecanismos de conciliación para resolver los asuntos de su competencia.

Estas disposiciones se comprenden un poco mejor si las concordamos con la obligación que a estos mismos jueces de paz se impone en el inciso primero del citado Art. 189, de resolver en equidad los conflictos para los que se les asigna competencia.

Anotamos también que nos parece que en el inciso segundo de este mismo artículo hay una contradicción en sus disposiciones, pues, repetimos, se obliga a los jueces de paz a utilizar mecanismos de conciliación, diálogo, acuerdo amistoso y otros «*para adoptar sus resoluciones*», lo que en sí mismo es contradictorio.

La verdad es que no comprendemos esta norma, que insistimos en que nos parece contradictoria. Y es que si se emplean mecanismos de **conciliación**, si para esta conciliación se hace uso del **diálogo**, si a través de estos métodos se llega a un **acuerdo amistoso**, entonces, ya no cabe **resolución** alguna del juez de paz, que por el empleo de estos métodos habrá logrado así la conciliación con el acuerdo amistoso al que lleguen los litigantes, momento en el cual habrá desaparecido el litigio o controversia que fue llamado a resolver. La resolución del juez de paz –y resolución en equidad– deberá producirse cuando, pese al uso de estos métodos

SERRANO PUIG ABOGADOS

alternos de solución de controversias, esto es, pese al diálogo, pese a la conciliación, no se obtiene el avenimiento de las partes, pues si éste se obtuvo, ya no cabe resolución alguna del juez de paz ni de ningún otro juez ni autoridad de ninguna clase, porque habrá desaparecido el conflicto o controversia.

TÍTULO IV **PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER**

Capítulo primero **Participación en democracia**

(...)

Sección segunda **Organización colectiva**

(...)

Art. 97.- Todas las organizaciones podrán desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos, en los casos que permita la ley; actuar por delegación de la autoridad competente, con asunción de la debida responsabilidad compartida con esta autoridad; demandar la reparación de daños ocasionados por entes públicos o privados; formular propuestas y reivindicaciones económicas, políticas, ambientales, sociales y culturales; y las demás iniciativas que contribuyan al buen vivir.

Se reconoce al voluntariado de acción social y desarrollo como una forma de participación social.

Entre los muchos esoterismos que se contienen en el proyecto de Constitución aparece este de la **Organización colectiva**, que comienza reconociendo (Art. 96) “todas las formas de organización de la sociedad” (Art. 96), a las que les asigna competencia y por ende facultad para «desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos», esto es, que les confiere y reconoce una especie de atribución o competencia para que solucionen conflictos esto es, para que dicten justicia, pero no se dice en qué materias, o sea no se les define al ámbito de su actuación. ¿Quedaría –preguntamos nosotros– librado a la iniciativa y buena o mala voluntad de organizaciones colectivas? Si así es, sería absurdo: un colectivo sin más límites que su propia voluntad.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Y a este colectivo (organizaciones de la sociedad) se le autoriza para «desarrollar formas alternativas de mediación y solución de conflictos». Entendemos aquello de «desarrollar formas alternativas de solución de conflictos», pues podría querer decir que una vez que se encuentra un conflicto, se le autoriza para que desarrollen, creen, inventen y produzcan nuevas formas alternativas de solucionar ese conflicto, formas que diríamos que no tendrían más límite que las buenas costumbres y la ley; pero no entendemos aquello de «desarrollar formas alternativas de mediación», si por **mediar** entendemos la interposición de un tercero “entre dos o más que riñen o contienden, procurando reconciliarlos y unirlos en amistad” (Diccionario de la Lengua Española, Real Academia Española, Vigésima Segunda edición, 2001, Tomo VII, p. 1000). ¿Cuáles podrían ser estas formas alternativas de mediación? ¿Tal vez mediación *on line*? ¿o por fax, etc.?

La mediación en sí misma es un método alerno de solución de controversias o conflictos, y es lícito y legítimo emplearlos en toda oportunidad en que se abra la posibilidad de hacerlo, pero, insistimos: ¿«desarrollar formas alternativas de mediación»? y, ¿para qué? ¿con qué objeto? ¿cuándo? ¿en qué circunstancias? Pues bien, seguimos sin entender lo que se quiso decir con estas expresiones analizadas.

Arbitraje.-

Es, por supuesto, el más importante método de solución alternativa de controversias, porque es el que se emplea cuando fallaron todos los demás. Es ya un método judicial, pero judicial alternativo, esto es, no sujeto ni sometido a la justicia legal u ordinaria, a los jueces ordinarios que pertenecen e integran la Función Judicial. Vamos que dice el proyecto de Constitución en análisis, al respecto, esto es, como trata al arbitraje.

SERRANO PUIG ABOGADOS

TÍTULO IV PARTICIPACIÓN Y ORGANIZACIÓN DEL PODER

(...)

Capítulo cuarto Función Judicial y justicia indígena

(...)

Sección octava Medios alternativos de solución de conflictos

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».

TÍTULO VIII RELACIONES INTERNACIONALES

(...)

Capítulo segundo Tratados e instrumentos internacionales

(...)

«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».

Lo primero que observamos es el desorden empleado en tratar esta materia del arbitraje, pues lo relativo al reconocimiento del arbitraje como un método alterno

SERRANO PUIG ABOGADOS

para la solución de conflictos –controversias, diríamos nosotros–, se encuentra en el lugar en que debe estar, esto es, en las normas relacionadas con la justicia; pero las disposiciones que prohíben al Estado pactar arbitraje internacional fuera de la región latinoamericana, en lugar de estar junto con las normas ya mencionadas sobre arbitraje, se encuentran en las relacionadas con los tratados e instrumentos internacionales, lo que a no dudarlo es uno más de los tantos crasos errores que contiene este proyecto de Constitución sometido a referéndum.

El tema de la siguiente intervención es el “**Art. 442 del Proyecto de Constitución. Arbitraje Internacional TIBS**”, por lo que trataremos de no meternos en ese campo que se ha confiado al distinguido colega Dr. Eduardo Carmigniani, para que lo desarrolle. Haremos, por tanto, sólo las alusiones indispensables al respecto.

Comienza diciendo, el Art. 190 del proyecto de Constitución, que «*Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos*». Hasta aquí, muy bien. Es una norma prácticamente idéntica a la del inciso tercero del Art. 191 de la Constitución Política vigente, con la sola diferencia de que en esta última se añade, al final de la expresión ya transcrita, y luego de una coma, la frase: «*con sujeción a la ley*». No dice nada más, ni necesitaba hacerlo, pues todo lo demás se dejó para la ley ordinaria (entendidas por tales todas las demás que son de menor jerarquía que la Constitución), como corresponde en técnica jurídica constitucional, para no rebajar a la Constitución al carácter de apenas una ley ordinaria o, peor aún, un reglamento cualquiera.

Pero no, no en este proyecto de Constitución, en el que vemos que además de esta declaración de principio que es reconocer al arbitraje y a la mediación con el mismo rango y a la misma altura que la justicia común o justicia legal u ordinaria, se rebaja a la Constitución al nivel de una ley secundaria, pues se agregan como parte del citado Art. 190 del proyecto, disposiciones que al momento constan ya en la Ley de Arbitraje y Mediación, como aquella de que no caben arbitraje, mediación ni ningún otro procedimiento alterno de solución de conflictos sino en materias o asuntos en los que por su naturaleza quepa (por la facultad de poder hacerlo) transacción.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Y está muy bien que en la Ley de Arbitraje y Mediación se diga que no se puede llevar a arbitraje, y ni siquiera se puede celebrar válidamente un convenio arbitral, sino en materias en las que por su naturaleza es posible transigir, pues hay cosas, hay derechos, hay actos jurídicos, etc., sobre los que por *su propia naturaleza* no se puede transigir, como son aquellos en los que está inmersa o involucrada la potestad estatal, como por ejemplo, en materia impositiva, o en el ámbito penal en lo relacionado con la responsabilidad de los imputados, o en materia del estado civil, etc. Pero incluir en el Código Constitucional estas mismas normas que al momento son materia de la legislación secundaria, es realmente penoso en lo que significa rebajar la Carta Constitucional al nivel de aquella ley secundaria (frente a la Constitución). Recordemos una vez más, que la Constitución es la Ley de leyes.

Pero si este defecto que se puede achacar al proyecto de Constitución, de ser excesivamente reglamentaria, decimos en relación con el primer inciso del artículo 190 del Proyecto, ¿qué deberíamos decir respecto del segundo inciso? Y es que sucede que en este segundo inciso, que peca por igual razón, de reglamentario, se contiene un grave error y un grave retroceso en esta materia, frente a lo que al momento dispone la Ley de Arbitraje y Mediación.

Pues si, según el Art. 4 de la Ley de Arbitraje y Mediación, hay dos momentos o maneras en que una entidad pública pueda someterse a arbitraje: **a)** Pactar un convenio arbitral con anterioridad al surgimiento de la controversia; o, **b)** Si ya surgió la controversia, consultar al Procurador General del Estado la posibilidad de someter a arbitraje el litigio o controversia.

Pero en el Art. 190, inciso segundo, del proyecto de Constitución, se dice otra cosa; se dice que «*En la contratación pública procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado*». Esto significa que siempre que se quiera pactar o convenir en arbitraje, esto es, siempre que se quiera

SERRANO PUIG ABOGADOS

celebrar un convenio arbitral, para hacerlo deberá preceder informe favorable de la Procuraduría General del Estado.

Y se va a decir: ¿pero, en qué está la innovación o cambio, si en la actual Ley de Arbitraje y Mediación así mismo se dispone? Pues hay diferencia, en primer lugar, porque la Ley de Arbitraje y Mediación no dice esto. Lo primero que hace es decir – en su Art. 4– que, en tratándose de entidades que conforman el sector público, pueden someterse al arbitraje si el convenio arbitral lo pactaron con anterioridad al surgimiento de la controversia; y sólo si es que luego de surgida la controversia quieren acudir al arbitraje, sólo en ese caso, se requiere que previamente consulten al Procurador General del Estado. Nada más. Entonces, cualquier entidad pública suscribe un contrato conteniendo en el convenio arbitral, y luego surge la controversia, no requiere de consulta alguna al Procurador General para someterse al arbitraje, bien sea como actora o como demandada

Pero no, no es igual a lo que ahora se dice en el Art. 190 del proyecto de Constitución que ahora revisamos. En este proyecto se dice no solamente que el arbitraje será en Derecho, sino y al efecto de lo que analizamos, lo más importante, que *«procederá el arbitraje en derecho, previo pronunciamiento favorable de la Procuraduría General del Estado, conforme a las condiciones establecidas en la ley»*. Y debemos tener presente que ahora lo que se requiere, una vez surgida la controversia, es que se consulte al Procurador General para suscribir el convenio que haga viable y práctico el arbitraje.

Es que no debemos olvidar que no cabe arbitraje sin que previamente exista un convenio escrito en que las partes hayan pactado llevar a arbitraje su controversia. No tiene nuestra Ley la solución que si contempla la Ley Modelo de la CNUDMI, del sometimiento tácito al arbitraje cuando sin que exista convenio previo se demanda a alguien en la vía arbitral, este demandado no opone la excepción de inexistencia de convenio arbitral. ¡No! En el Ecuador debe haber convenio previo, escrito y suscrito, para que proceda el arbitraje pues, en caso contrario, no hay arbitraje. Así de sencillo. Así de simple.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Entonces, según la norma en análisis del proyecto de Constitución, la consulta previa al Procurador General deberá ser ya no para suscribir el convenio arbitral una vez surgida la controversia, sino para que proceda el arbitraje. Y ya sabemos que con la celebración del convenio arbitral todavía no estamos frente al arbitraje. Arbitraje es el procedimiento mismo de solución de la controversia surgida entre quienes convinieron este procedimiento alternativo al de la justicia común, no solamente el compromiso de acudir a él. Insisto, es el procedimiento mismo por el cual un tribunal arbitral resolverá un conflicto diciendo el derecho a favor de la parte que lo hubiera demostrado.

También podría interpretarse esta norma en el sentido de que pese a existir convenio arbitral, para poder iniciar un procedimiento arbitral en que intervengan un particular y un ente público, por efecto de un contrato público, se debe consultar o pedir autorización –es lo que en realidad vendría a suceder– al Procurador General del Estado, convirtiendo así al sistema procesal y legal ecuatorianos en cada vez menos ágil, mas burocrático. Y pregunto, en este caso: ¿Qué sucedería si en el contrato público en cuestión existe debidamente suscrito convenio arbitral entre la entidad pública contratante y el contratista –normalmente privado–, y es el contratista el que requiere demandar en arbitraje a la entidad pública contratante? ¿Va a consentir el Procurador General del Estado en que se demande a ese ente público en arbitraje? ¿Y qué, si consultado, el Procurador General no consiente en el arbitraje, y dice que no lo autoriza? ¿Deberá el contratista, entonces, acudir a la justicia ordinaria con su demanda? ¿Y que, si en este caso, acudiendo a la justicia ordinaria, el ente público demandado opone la excepción de existencia de convenio arbitral? ¿Nacerá jurisdicción y competencia para el juez ordinario, pese a la existencia de un convenio arbitral plenamente válido, celebrado incluso con el visto bueno del Procurador General del Estado cuando se pronunció sobre el contrato en el que se contiene el convenio arbitral, autorizándolo? Frente al pronunciamiento desfavorable del Procurador General para que el ente público que enfrenta la posibilidad de un juicio arbitral pueda ya en la práctica y en el caso específico, ser sometido a arbitraje, ¿deberá el contratista del Estado acudir al Tribunal de lo

SERRANO PUIG ABOGADOS

Contencioso Administrativo impugnando en recurso de plena jurisdicción el pronunciamiento desfavorable del Procurador General el Estado? ¿Y el tiempo que puede tomar todo este asunto? La verdad, no tengo aún respuesta a ninguno de estos y otros interrogantes que se plantean por el inciso segundo del Art. 190 del proyecto de Constitución, pero advertimos de todos los graves peligros que encierra.

Cambiando un poco de tema, decimos también que en todo caso es importante que al arbitraje y demás sistemas alternos de solución de controversias (MASC) se pongan al mismo nivel de importancia que el procedimiento ordinario, pero lo malo es que se escriba una Constitución tan larga y tan minuciosa por el solo prurito de enredar innecesariamente sus disposiciones y volverlas pesadas, inmanejables, complejas, cuando deberían ser claras, simples, categóricas.

Y hemos transcrito también algunas otras disposiciones de este proyecto de Constitución, que no se refieren directamente al arbitraje, pero que están relacionados con él, como vamos a explicar.

Arbitraje en controversias laborales

Habíamos dicho que según el Art. 190, inciso primero, del proyecto de nueva Constitución, se puede recurrir al arbitraje para la solución de cualquier conflicto que se presente en materia en que por su naturaleza se pueda transigir. Pues bien, el 11º principio de los que se recogen en el Art. 326 del proyecto de Constitución, señala expresamente que *«Será válida la transacción en materia laboral siempre que no implique renuncia de derechos y se celebre ante autoridad administrativa o juez competente»*, y esto en consideración a que el principio N° 2 del mismo Art. 326 ya citado, prescribe que *«Los derechos laborales son irrenunciables e intangibles. Será nula toda estipulación en contrario»*.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Se colige, entonces, que los conflictos individuales de trabajo si pueden ser sometidos a decisión arbitral, pues expresamente reconoce el proyecto de Constitución que la transacción en materia laboral es válida, y que cabe arbitraje; por consiguiente, siendo válida la transacción laboral, y siendo requisito *sine qua non* para que un asunto pueda someterse a arbitraje, el que respecto de él los interesados puedan arribar a una transacción, queda entonces abierta (se mantiene así, diríamos nosotros) la posibilidad de arbitraje para los conflictos individuales de trabajo. Y en este evento lo único que se debe cuidar es que no se produzca renuncia por parte del trabajador, a cualquiera de sus derechos.

Y aquí es importante señalar que una cosa son los derechos que puede tener un trabajador, y otra cosa muy distinta son las pretensiones que este mismo trabajador pueda plantear en relación con determinada circunstancia o situación fáctica. Sus derechos no pueden renunciarse, pero sí cabe la renuncia a sus pretensiones desde que una pretensión es apenas una expectativa y las meras expectativas no constituyen derecho, de donde se colige que ninguna pretensión es derecho del trabajador mientras no le sea concedida por sentencia ejecutoriada.

Pero, ¿a qué tipo o clase de arbitraje se puede someter la relación laboral? Diría que dependiendo de la óptica desde la cual se mire el problema. Diría, también, que si se mira desde la óptica del trabajador, se debería pactar arbitraje en derecho; mas, si se lo miro desde el punto de vista del empleador, nos parece que lo acertado sería pactar arbitraje en equidad, pues es la mejor forma para de alguna manera equilibrar las disposiciones de la legislación laboral, que como es todos sabidos, son totalmente pro-operarias, porque se dice que son parte del derecho social en el que ahora se inscribe también hasta el inquilinato.

Recursos.-

De conformidad con el Art. 30 de la vigente Ley de Arbitraje y Mediación, el fallo o laudo arbitral que se expida es definitivo y por tanto inapelable, no hay lugar a

SERRANO PUIG ABOGADOS

recurso de alzada de ningún tipo, y solamente se admite el recurso horizontal de ampliación o aclaración. Lo único que cabe en contra del laudo arbitral es la acción de nulidad, pero solamente si en el proceso de que se trate se presenta una de las cinco causales de nulidad previstas en el Art. 31. Sin embargo, de aprobarse el proyecto de Constitución en el referéndum del próximo 28 de septiembre, las cosas creemos que cambiarán dramáticamente en perjuicio de este principio de inapelabilidad de los laudos, pues sobre esta materia debemos traer a colación lo que se prevé en el Art. 76 de este proyecto constitucional, que trata sobre los derechos de protección, y en el que se establecen siete garantías básicas que aseguren el debido proceso, y en la última se prevén 13 garantías para el derecho de defensa, y entre ellas, la garantía de *“Recurrir el fallo o resolución en todos los procedimientos en los que se decida sobre sus derechos”*.

Pero, la norma en cuestión comienza diciendo que estas garantías se presentan *“En todo proceso en el que se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden”*; y preguntamos: ¿Será posible que exista un proceso en el que no se determinen derechos y obligaciones de cualquier orden? Es que en realidad no cabe concebir un proceso judicial que no tenga por finalidad determinar derechos y obligaciones, pues si no se van a determinar derechos ni obligaciones, ¿para qué seguir un procedimiento judicial? Recordemos que la justicia es dar a cada quien lo que le corresponde, es decir, que la justicia significa que el juzgador debe declarar el derecho, o sea, decidir a quien le asiste el derecho en la controversia que resuelve, y de cargo de quien es la obligación recíproca. Estamos, entonces, frente a una perogrullada constitucional.

Más fácil habría sido que el proyecto de Constitución diga sin necesidad de aquella perogrullada, que en todo proceso judicial, de toda y cualesquier índole o naturaleza, habrá siempre el derecho de recurrir el fallo o resolución. Nada más, habría sido suficiente, empleando menos palabras y dañando menos el idioma y el sentido común.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Entonces, con esta norma, el laudo arbitral ya no será irrecurrible como es ahora en la Ley de Arbitraje y Medición, sino que habrá que crear una solución o mecanismo que permita hacer efectivo el derecho de recurrir del fallo que significa el laudo. El problema será establecer ante quién, o sea ante qué autoridad se podrá recurrir del laudo. Y opinamos que como estamos tratando de arbitraje, la apelación debería ser resuelta por un tribunal arbitral superior o de apelación, designado igualmente por las partes. Pero cualquiera que sea la solución, siempre será para dañar al sistema arbitral, al menos en lo que al principio de irrecurribilidad se refiere y con ello al tiempo que dure un arbitraje, ya que de aprobarse este proyecto de Constitución los arbitrajes tomarán mucho más tiempo desde el momento mismo en que el fallo ya no causará ejecutoria, sino que podrá ser recurrido. Y claro, el daño al sistema ya estaría hecho, y habría que buscar la fórmula que permita minimizarlo al máximo creando, por ejemplo, un procedimiento muy abreviado para el trámite del recurso. Pero, ¿y quién nos garantiza que se logre de esta manera aminorar el daño al sistema?

Pero adicionalmente al recurso de apelación mencionado, por aplicación de lo que se prevé en los Arts. 93 y 94 del proyecto de Constitución, creemos que del fallo también se podría recurrir a la Corte Constitucional, bien invocando la acción por incumplimiento creada por el Art. 93 o ya también invocando la acción extraordinaria de protección del Art. 94. Al respecto es menester señalar que tal vez la acción de incumplimiento del Art. 93 no sea en realidad muy aplicable, pero siempre será susceptible de que se la proponga, y ya veremos lo que dice la jurisprudencia que al respecto se dicte; pero en cambio, la acción extraordinaria de protección sí será aplicable, pues está dirigida precisamente para atacar sentencias o autos definitivos, y el laudo es no otra cosa que una sentencia. Pero se podría decir que si del laudo ya se puede recurrir en apelación, entonces, no cabría que de él se proponga la acción extraordinaria de protección que podría ser interpuesta sólo contra sentencias o autos definitivos, en cuyo caso se la podría proponer, entonces, sólo del fallo que resuelva el recurso de apelación.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Peor aún. Más largo el proceso. Menos certeza jurídica. Menos paz social. Mas inseguridad en las relaciones contractuales, sobre todo. Y es que del laudo se podrá apelar; luego, de la providencia que se dicte resolviendo la apelación, y como quiera que se la llame: auto, sentencia o nuevo laudo o laudo final, de esta providencia habrá lugar a la acción extraordinaria de protección, pues aun cuando no hubiere violación, por acción u omisión, de los derechos reconocidos en la Constitución, seguro es que se la intentará hasta para ganar tiempo, para angustiar al accionante o reconviniendo en cuyo favor se hubiere dictado la resolución, y con ello impedirle que ejecute el fallo o, al menos, para dilatar el proceso de ejecución.

Arbitraje Internacional.-

Por último, refiriéndonos al Art. 422 del proyecto de nueva Constitución, debemos, sin entrar a analizarlo en profundidad, solamente destacar el hecho de que en él existen tres disposiciones básicas:

La primera, en su primer inciso, por la cual se prohíbe celebrar tratados o instrumentos internacionales en los cuales el Estado renuncie o ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y entes privados (personas naturales o jurídicas).

La segunda, una excepción a la prohibición antes anotada, para el caso de tratados o instrumentos internacionales que establezcan instancias arbitrales regionales de Latinoamérica para la solución de controversias entre el Estado y particulares, siempre que se trate de órganos jurisdiccionales (suponemos que querían significar centros de arbitraje) de designación de los países signatarios. Pero en este caso existe otra prohibición, que es la de que en estos arbitrajes puedan intervenir “**jueces**” –entiendo que querían decir árbitros, o sea jueces convencionales– de los Estados que como tales, o sus nacionales, sean parte de la controversia.

SERRANO PUIG ABOGADOS

Por último, la del inciso tercero del artículo que comento (422), que ordena al Estado promover soluciones arbitrales para resolver controversias relacionadas con la deuda externa, pero con la instrucción de que esas soluciones arbitrales se den en función del origen de la deuda y con sujeción a principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

Lo malo y grave del asunto es que estas disposiciones son la torpe reacción de los Asambleístas de Montecristi al alud de demandas arbitrales internacionales propuestas en contra del Ecuador como consecuencia de la violación por parte del Estado ecuatoriano y por obra y acciones de su gobierno, no sólo de los contratos suscritos por el propio Estado, por ejemplo, para la explotación de crudo, sino incluso por la violación de los más elementales principios que rigen la contratación internacional de esta clase.

Lo primero que se advierte de la simple lectura de este Art. 422, es la incongruencia que encierra, pues del primer inciso se ve una repulsa hacia el arbitraje internacional y de los otros dos incisos se aprecia lo contrario. Si, en el primer inciso se limita la facultad o posibilidad de que el Estado pueda en cualquier tratado o instrumento internacional, convenir en una jurisdicción arbitral para en ella resolver controversias de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas; en el segundo se pone como excepción al precepto general del inciso primero, aquellos tratados o instrumentos internacionales con países latinoamericanos, pues con ellos el Estado Ecuatoriano sí estaría facultado para ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional en controversias contractuales de índole comercial entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas; y, por último, en el tercer inciso, en cambio, se obliga al Estado a promover soluciones arbitrales para resolver controversias relacionadas con la deuda externa, pero la condiciona a que estas soluciones se hallen en función del origen de la deuda, y que se sujeten a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional.

¡Qué lirismo! ¡Qué declaraciones tan rimbombantes! Malo el arbitraje en lo que no guste a un gobierno autoritario como el que sufre el país, pero bueno en lo que el

SERRANO PUIG ABOGADOS

país (léase gobierno totalitario) pueda valerse de él y usarlo para dejar de pagar deuda externa. Nuevamente, qué inseguridad jurídica, qué doble moral, qué insensatez.

Y si a esto se añade que en la práctica todos los esfuerzos legislativos constitucionales en esta materia quedan en nada, porque los redactores de este texto escribieron algo completamente distinto a lo que entendemos que se quiso decir, entonces, se trata de un esfuerzo inútil.

Y es que lo único que se habrá logrado es que no se vuelva a firmar ningún otro tratado o instrumento internacional con ningún otro Estado fuera de Latinoamérica, por el cual se proponga que las controversias contractuales o de índole comercial entre el Estado y los particulares sea resuelto por arbitraje internacional, si es que a esta clase de tratados o instrumentos internacionales se los pueda calificar como de *cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*. Nada más. No significa, por ende, que desaparecerán los tratados de protección de inversión extranjera que ya tiene firmados el Ecuador con muchos Estados de fuera de Latinoamérica, como aparentemente fue la intención de Acuerdo País en la inefable Asamblea Constituyente.

Además, no existe la limitación de *ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*, si el tratado o instrumento internacional en que tal cesión se haga (si fuera posible de cederse la jurisdicción soberana) se lo celebra con la finalidad de establecer solución de controversias entre *Estados y ciudadanos de Latinoamérica*, sin importar, por ejemplo, el lugar en el que residan estos ciudadanos de Latinoamérica, sino solamente su nacionalidad. Sería posible, entonces, que una controversia contractual o de índole comercial que surja entre el Estado Ecuatoriano y un inversionista de nacionalidad mexicana pero residente en Estados Unidos o en Europa, por ejemplo, y que desde el lugar de su residencia hubiere generado la inversión, el negocio o la actividad por la cual surja la controversia, se ventile por arbitraje internacional al amparo de un nuevo tratado por el cual el Ecuador haya cedido jurisdicción soberana a una instancia de arbitraje internacional con sede en

SERRANO PUIG ABOGADOS

Bogotá, por ejemplo. Entonces, ¿qué se habría logrado con una disposición tan torpe como esta que analizamos? Creemos que solamente demostrar el enorme chovinismo de sus autores y de las autoridades ecuatorianas que han promocionado estas torpezas que nos dejan en mal predicamento internacional.

En fin, claro que se puede seguir diciendo bastantes más cosas para demostrar que la constitución propuesta es un verdadero adefesio, por donde se la quiera mirar, pero sobre todo desde el punto de vista objeto de este estudio, esto es, el tratamiento que en ella se da al Arbitraje, por todo lo ya anteriormente expuesto al respecto.

Gracias por la atención.

Quito, septiembre 19 de 2008.

Armando Serrano Puig