

**CORTE CONSTITUCIONAL
DEL ECUADOR**

ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN No. 0002-18-IC

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR:

INSTITUTO ECUATORIANO DE ARBITRAJE



8 DE SEPTIEMBRE DE 2020

ÍNDICE

1.	AMICUS CURIAE.....	3
2.	ANTECEDENTES	6
3.	FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL <i>AMICUS CURIAE</i>	8
3.1.	LA POSICIÓN TOMADA POR LA EX CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN ES ERRADA	8
3.2.	LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL APLICABLES A LA ACCIÓN INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN.....	12
3.3.	UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LAS DISPOSICIONES DEL ARTÍCULO 422(1) Y 422(2) DE LA CONSTITUCIÓN MUESTRA QUE LA PROHIBICIÓN NO ALCANZA A LOS TBIS.....	13
3.3.1.	ALCANCE CONCEPTUAL DE LA FRASE “ <i>INSTRUMENTOS INTERNACIONALES</i> ” EN EL ARTÍCULO 422(1): UN INSTRUMENTO “ <i>INTERNACIONAL</i> ” ESTÁ LIGADO A UNA FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO.....	14
3.3.2.	ALCANCE CONCEPTUAL DEL TEXTO “ <i>CEDER JURISDICCIÓN SOBERANA</i> ” POR PARTE DEL ESTADO ECUATORIANO DEL ARTÍCULO 422(1): LA FRASE “ <i>JURISDICCIÓN SOBERANA</i> ” DEBE SER ENTENDIDA DENTRO DEL CONCEPTO DE INMUNIDAD SOBERANA	19
3.3.3.	ALCANCE CONCEPTUAL DEL TEXTO “ <i>CONTROVERSIAS CONTRACTUALES O DE ÍNDOLE COMERCIAL</i> ” EN EL ARTÍCULO 422(1) DE LA CONSTITUCIÓN.....	23
3.3.4.	ALCANCE CONCEPTUAL DEL TEXTO “ <i>ENTRE EL ESTADO Y PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS</i> ”	41
3.3.5.	<i>EFFET UTILE</i> : EL ARTÍCULO 422(1) PROHÍBE LA CELEBRACIÓN DE UNA CATEGORÍA ESPECÍFICA DE TRATADOS INTERNACIONALES (<i>LE. TRATADOS DONDE DISPUTAS RELATIVAS A CUESTIONES DOMÉSTICAS SE SOMETAN A ARBITRAJE INTERNACIONAL</i>)	44
3.3.6.	EL ESTADO SÍ PUEDE CELEBRAR TRATADOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 422(1) SIEMPRE QUE SE VERIFIQUE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 422(2)	45
3.4.	EL TEXTO CONSTITUCIONAL EN SU INTEGRIDAD DENOTA QUE EL ARTÍCULO 422 NO PROHÍBE LA CELEBRACIÓN DE TBIS EN LOS QUE SE PACTE ARBITRAJE: INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA	48
3.5.	UN ANÁLISIS VOLITIVO DE LA CONSTITUCIÓN DEJA VER QUE EL ARTÍCULO 422 NO PROHÍBE LA CELEBRACIÓN DE TBIS EN LOS QUE SE PACTE ARBITRAJE: LA INTERPRETACIÓN VOLITIVA	52
3.6.	LA MAYORÍA DE <i>AMICUS CURIAE</i> PRESENTADOS EN ESTA ACCIÓN SE REFIEREN A DISCUSIONES SOBRE LA CONVENIENCIA O NO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES Y NO BRINDAN CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN	56
3.7.	LA CORTE CONSTITUCIONAL DEBE APARTARSE DEL CRITERIO POR EL QUE CONSIDERÓ QUE LOS TBIS SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR	59
4.	CONCLUSIONES.....	61
5.	SOLICITUD	63
6.	PATROCINIO, NOTIFICACIONES Y AUTORIZACIONES	63

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

1. **Xavier Andrade Cadena y Hugo García Larriva**, en nuestras calidades de Presidente y Director Ejecutivo, respectivamente, y como tales representantes legales del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje (“*IEA*”), según lo acreditamos con las copias de los nombramientos adjuntos, titular del Registro Único de Contribuyente No. 1792442605001, con domicilio en la ciudad de Quito, así como también los abogados **Javier Jaramillo Troya y David Toscano Andrade** en calidad de miembros del IEA, dentro de la Acción de Interpretación No. 0002-18-IC (“*Acción*”), ante ustedes atentamente comparecemos para presentar un *amicus curiae*..

1. AMICUS CURIAE

2. El *amicus curiae* es una persona ajena al proceso que coadyuva con la autoridad jurisdiccional mediante la presentación de argumentos que le sirvan de sustento antes de la emisión de la sentencia. Con fundamento en el artículo 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“*LOGJCC*”), el IEA comparece en calidad de tercero con interés en la causa y presenta el siguiente escrito de *amicus curiae* (“*Amicus Curiae*”)¹, a fin de que sea admitido al expediente para mejor resolver. Así también, el IEA solicita ser escuchado en la audiencia pública que se convoque oportunamente en esta causa.
3. Por medio del presente escrito, el IEA aporta criterios jurídicos que permitirán a la Corte Constitucional comprender la problemática y alcance del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador (“*Constitución*”), concluyendo que dicho artículo no impide la celebración de tratados bilaterales de inversión (“*TBI*s”) que contengan un capítulo de solución de controversias Estado-inversionistas a través de arbitraje internacional. Por lo mismo, la Corte Constitucional debe alejarse del criterio errado establecido en los dictámenes por los que se declaró la inconstitucionalidad de varios TBIs firmados por el Ecuador.
4. El *Amicus Curiae* presenta lo que, al amparo del Derecho ecuatoriano, debería ser una correcta interpretación del artículo 422 de la Constitución. Ello sobre la base de las normas de hermenéutica constitucional aplicables a la Acción, estos son: i) la interpretación exegetica, ii) la interpretación sistemática y iii) la interpretación volitiva.
5. En cuanto al análisis exegetico y literal de las disposiciones del artículo 422 de la Constitución, el *Amicus Curiae* analiza el alcance conceptual de la frase “instrumentos internacionales” constante en la norma constitucional y concluye que esta es utilizada de manera equivalente a “tratados” como fuentes formales de Derecho Internacional Público. Por su parte, se estudia el significado jurídico de la frase “ceder jurisdicción

¹ El IEA agradece el apoyo de David Molina Coello y Paola Gaibor en la preparación de este *Amicus Curiae*

soberana” establecida en el artículo 422 de la Constitución y se concluye que el Estado ecuatoriano no cede jurisdicción soberana al pactar arbitraje internacional como método de resolución de disputas bajo un TBI, al que le es aplicable el Derecho Internacional Público.

6. Se analizan también los términos “controversias contractuales o de índole comercial” y se concluye que las controversias derivadas de un TBI no se enmarcan en dichas categorías, sino que más bien se trata de controversias regidas por el Derecho Internacional Público.
7. Además, se estudia el significado de la frase “entre el Estado y personas jurídicas privadas” del artículo 422 de la Constitución. La conclusión es que, si bien las cláusulas arbitrales pactadas en los TBIs generalmente regulan disputas entre el Estado y personas jurídicas privadas, ello no es suficiente para automáticamente considerar que los TBIs se encuentran prohibidos. Esto porque se deben verificar los demás requisitos del artículo 422 de la Constitución – *quad non*.
8. Sobre la base de lo anterior, el *Amicus Curiae* sostiene que, pese a los defectos en la redacción de la norma imputables al legislador constituyente, debe hacerse una interpretación que otorgue un efecto útil (*Effet Utile*) a la prohibición establecida en el artículo 422(1) de la Constitución y a otras disposiciones constitucionales. Se concluye que el estándar de prohibición contenido en dicho artículo es alto y, para que opere, deben verificarse todos los requisitos allí establecidos. Así, lo que estaría prohibido es extraordinario y específico, y debe reunir lo siguiente para caer dentro de dicha disposición:
 - a. Se trate de un tratado internacional: los únicos “instrumentos” que son objetos de la prohibición son los tratados internacionales y ninguna otra fuente de Derecho Internacional Público cae dentro de la prohibición. Esta tampoco alcanza a fuente de derecho doméstico alguna (*ej.* contratos internacionales);
 - b. El tratado debe regular disputas “contractuales” o “de índole comercial”: esto es, disputas de derecho doméstico que, por su naturaleza, son distintas a aquellas de Derecho Internacional Público;
 - c. Las disputas de Derecho local deben surgir entre el Estado y una parte privada: No se trata de disputas entre dos Estados contratantes/signatarios del tratado, ni tampoco de disputas entre dos partes privadas;
 - d. El tratado debe contener una cláusula arbitral (de arbitraje internacional) como método de resolución de las disputas de derecho local, que debe estar acompañada de una renuncia a la jurisdicción de las cortes nacionales: es necesario que el Tratado incorpore una cláusula de resolución de controversias en la que se otorgue consentimiento para que la disputa “contractual” o de

“índole comercial” (disputa de Derecho local entre el Estado y partes privadas) sea resuelta por arbitraje internacional, cediendo así “jurisdicción soberana” en el ámbito del derecho doméstico.

9. Los TBIs no reúnen estas características, pues las disputas que surgen de ellos no se tratan de disputas “contractuales” o “de índole comercial”. Se tratan de disputas regidas por el Derecho Internacional Público y, particularmente, por el Derecho Internacional de Inversiones. Por su naturaleza, una disputa bajo un TBI no puede ser “contractual” ni “de índole comercial”. Más importante, las cláusulas de resolución de controversias que los TBIs generalmente incorporan, refiriendo las disputas entre un Estado y un inversionista a arbitraje internacional, no constituyen “cesión de jurisdicción soberana”. Ello debido a que se trata de una disputa al amparo del Derecho Internacional Público, donde se discute la existencia (o no) de responsabilidad internacional por el cometimiento de un acto internacionalmente ilícito. En el Derecho Internacional Público, los Estados son iguales los unos a los otros y no existe cesión de inmunidad soberana de jurisdicción. Lo que existe, es la expresión máxima de soberanía, que es el otorgar consentimiento para someterse a un foro específico de resolución de disputas. Conceptualmente, un Estado no puede “ceder voluntad soberana” en el ámbito del Derecho Internacional Público. El artículo 422(1) tiene que ser analizado necesariamente a la luz de aquel.
10. Habiendo determinado lo que está prohibido por el artículo 422(1) de la Constitución, el *Amicus Curiae* analiza la excepción a esta prohibición recogida en el artículo 422(2)
11. Posteriormente, el *Amicus Curiae* realiza un análisis sobre las razones por la que, en aplicación del principio de interpretación constitucional sistemática, no se puede concluir que el artículo 422 de la Constitución prohíbe la celebración de TBIs en los que se pacte arbitraje internacional como método de solución de controversias. Asimismo, se demuestra por qué, de acuerdo a una interpretación volitiva de la Constitución, tampoco podría concluirse que el artículo 422 de la Constitución prohíbe la celebración de TBIs en los que se pacte arbitraje internacional como método de solución de controversias.
12. Luego, el *Amicus Curiae* analiza las deficiencias de los *amicus curiae* presentados por otras personas en esta Acción, concluyendo que la mayoría de ellos, lejos de analizar las disposiciones del artículo 422 de la Constitución, concentran su análisis en un cuestionamiento de si el arbitraje internacional es deseable, o no, como método de resolución de disputas en controversias derivadas de un TBI. Es decir, dichos *amicus curiae* hacen un análisis de políticas públicas, marcados por las ideologías políticas de sus autores, mas no un estudio de constitucionalidad apegado a derecho. También el presente trabajo deja en evidencia ciertas falacias argumentativas en las que incurren algunos *amicus curiae* que, por lo mismo, resultan poco persuasivos.
13. Adicionalmente, el *Amicus Curiae* refiere las razones por las que la Corte Constitucional no está impedida de apartarse del criterio que tomó su antecesora en la que, sin sustento jurídico y con clara influencia ideológica y política, se consideró que los TBIs firmados

y ratificados por el Ecuador eran inconstitucionales en aplicación del artículo 422 de la Constitución.

14. Con base en lo anterior, el IEA solicita respetuosamente a la Corte Constitucional admitir el presente escrito al expediente para mejor resolver y aceptar su comparecencia, en calidad de *Amicus Curiae*, a la audiencia pública que se convoque oportunamente en esta causa.

2. ANTECEDENTES

15. El 16 de agosto de 2018, de conformidad con lo que establece el artículo 156 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, la Asamblea Nacional del Ecuador (“*Asamblea*”) presentó una acción de interpretación constitucional del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador.

16. A la fecha de la presentación del presente *Amicus Curiae*, se han presentado ante la Corte Constitucional los siguientes escritos por parte de otros terceros con interés en la causa:

- a. Cecilia Olivet, Expresidenta de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y del Sistema de Arbitraje Internacional en Materia de Inversiones (“*CAITISA*”) -creada y financiada por el gobierno del Expresidente Rafael Correa Delgado- presentó el 21 de febrero de 2020 un *amicus curiae* donde sostiene: (i) que los TBI que permiten el arbitraje inversionista-estado son incompatibles con el artículo 422 de la Constitución ecuatoriana y (ii) que la Constitución en su integralidad es incompatible con el contenido de los TBI que permiten el arbitraje inversionista-Estado. Sobre el primer punto, es decir, sobre la incompatibilidad de los TBIs con el artículo 422 de la Constitución, sostiene que la disposición prohíbe la transferencia de competencias a tribunales arbitrales internacionales por medio de acuerdos internacionales. Sin mayor detalle, señala, a continuación, que la prohibición se refiere exclusivamente a los TBIs. Sobre el segundo punto, en cuanto a la compatibilidad del artículo analizado con la Constitución en su integralidad, la autora identifica supuestas confrontaciones y distorsiones entre las cláusulas contenidas en los TBIs y los compromisos públicos y la estructura jurídica del Estado ecuatoriano. Como se explica a lo largo de este escrito, dicho análisis (además de ser sesgado) no corresponde a una interpretación constitucional apegada a derecho.
- b. Isabel Guailas, Mireya Copa, Efraín Tacuri, Arturo Vinicio Araujo, Jorge Carabajo, Erick Coronel, René Espinoza, Elizabeth Crespo, Keli Macias, Luis Quilli, Jaime Eugenio, Bryan Quilli, Christian Déleg, Gonzalo Naranjo, Lupe Velasbordo y Juan Quilli presentaron el 28 de febrero de 2020 varios *amicus curiae*, idénticos en contenido, en los cuales plantean su disconformidad con lo

expuesto en la acción de interpretación constitucional presentada por la Sra. Elizabeth Cabezas, Expresidenta de la Asamblea Nacional. En estos escritos se afirma, sin mayor fundamento, que los TBIs son altamente peligrosos y riesgosos para el país. Asimismo, consideran que, bajo los TBIs, se firman contratos con empresas privadas internacionales “*que buscan librarse de las leyes, normativa y de nuestra propia Constitución*”. Esto, a su criterio, desconoce la sujeción de los inversionistas extranjeros al marco normativo nacional y la prioridad de la inversión nacional por sobre la extranjera. En consecuencia, según su apreciación, una reinterpretación que favorezca a la posibilidad de celebrar TBIs violaría flagrantemente lo establecido en el artículo 339 de la Constitución, que, acorde a su criterio, tiene estrecha relación con lo previsto en el artículo 422 de la Carta Magna.

- c. Alejandro Olmos Gaona, exdelegado del Ministro de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana del gobierno del expresidente Rafael Correa Delgado, quien además formó parte de la CATISA, presentó el 2 de marzo de 2020 un *amicus curiae*. En este escrito, se sostiene que el artículo 422 de la Constitución tiene como fin evitar la sujeción del Estado a soberanías extrañas, que, a su criterio, fueron perjudiciales para la nación. Esto, supuestamente se fundamenta en el deber del Estado de garantizar y defender la soberanía nacional, el reconocimiento de la soberanía económica del Estado y la sujeción de la inversión extranjera a un estricto cumplimiento del marco jurídico y las regulaciones nacionales, así como a la intención del Constituyente.
- d. Muthucumaraswamy Sornarajah, profesor de la Universidad Nacional de Singapur y ex miembro de CATISA, presentó el 2 de marzo de 2020 un *amicus curiae* respecto de la acción interpretativa del primer inciso del artículo 422 de la Constitución. En este escrito, más bien de contenido político, el autor sostiene que los tratados de inversión se encuentran íntimamente relacionados con controversias contractuales o comerciales. Esto dado que, según su criterio, las inversiones extranjeras se inician sobre la base de contratos suscritos, sea entre partes privadas, sea entre una parte privada y el Estado o un ente estatal. Además, en el *amicus curiae* se argumenta que la inversión usualmente implica la transferencia de propiedad de recursos naturales o la provisión de servicios, por lo que se evidencia su índole comercial.
- e. Alberto Acosta Espinosa, anteriormente asambleísta constituyente y Ministro del gobierno del expresidente Rafael Correa Delgado, presentó el 2 de marzo de 2020 un *amicus curiae* donde argumenta que los TBIs se refieren a relaciones contractuales que dan lugar a controversias de carácter comercial que caen dentro de la prohibición contenida en el artículo 422 de la Constitución. En consecuencia, considera que la finalidad de dicho artículo, en concordancia con el artículo 339 de la Constitución, es buscar un sistema que asegure la equidad de condiciones para los inversionistas extranjeros y nacionales.

- f. Katharina Pistor presenta un *amicus curiae* en el que plantea un resumen de su libro: “*El Código del Capital: Cómo la Ley Crea Riqueza y Desigualdad*” (Princeton University Press, 2019) que, lejos de referirse al artículo 422 de la Constitución, realiza una crítica conceptual e individual respecto del sistema de resolución de disputas mediante arbitraje en relación con las controversias inversionista-Estado bajo un TBI.
- g. El Ministerio de Relaciones Exteriores y Movilidad Humana y el Ministerio de Producción, Comercio Exterior, Inversiones y Pesca presentaron un *amicus curiae* donde se señalan las razones por las que los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional respecto de la inconstitucionalidad de los TBIs fueron contrarios al texto del artículo 422 de la Constitución. Al respecto, el *amicus curiae* concluye que la prohibición establecida en el artículo 422 de la Constitución, y, con ellas, sus elementos particulares no le son aplicables a los TBIs.

17. Adicionalmente, cabe anotar que en los escritos de *amicus curiae* referidos en las letras a) a f), en lugar de un análisis interpretativo del artículo 422 de la Constitución, materia de la Acción, se realizó, predominantemente, una exposición crítica, desde una perspectiva de conveniencia o no de política pública, de los TBIs y del arbitraje como método de resolución de controversias inversionista-Estado, así como de las implicaciones que, a su criterio, ha tenido este método en el Ecuador.
18. A lo largo de este documento, el IEA presentará, donde sea pertinente, un análisis y comentarios respecto de dichos escritos.

3. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL *AMICUS CURIAE*

3.1. LA POSICIÓN TOMADA POR LA EX CORTE CONSTITUCIONAL SOBRE EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN ES ERRADA

19. La anterior Corte Constitucional se pronunció sobre el artículo 422 de la Constitución en algunas oportunidades. La primera vez en una Sentencia Interpretativa No. 0001-09-SIC-CC, de 13 de marzo de 2009, donde se analiza únicamente el tercer inciso de artículo en comento. Posteriormente, aunque no realizó una interpretación *in abstracto*, sí se pronunció sobre la constitucionalidad de varios tratados bilaterales en materia de inversión extranjera suscritos por el Ecuador. A criterio del IEA estas decisiones adolecen de varios errores de derecho.
20. Así, por ejemplo, el Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI de la Corte Constitucional, publicado en RO (S) 359 de 10 de enero de 2011, declaró que el "*Tratado entre la República del Ecuador y los Estados Unidos de América sobre promoción y protección recíproca de inversiones*" debía ser denunciado y que su disposición de acudir a arbitraje internacional era inconstitucional, con base en el siguiente razonamiento:

En líneas generales, ambos artículos [del TBI] establecen [...] que la controversia debe ser solucionada por arbitraje obligatorio a través de Tribunales Arbitrales a petición de las partes contratantes [...]. Así las cosas, la Corte encuentra que ambos artículos atentan la disposición constitucional contenida en el artículo 422, que determina: "No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje comercial internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas".

Como podemos observar y conforme se desprende del informe aprobado por el Pleno de la Corte Constitucional, en sesión extraordinaria del 25 de marzo del 2010, el presente instrumento se encasilla dentro de las causales contempladas en el artículo 419 de la Constitución de la República y, en la especie, en su numeral 6, ya que compromete al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de inversiones.

Al respecto, la norma constitucional es muy clara al señalar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional [...]. En aquel sentido, mantener este mecanismo de solución de conflictos, atentaría el principio de supremacía de la Constitución, más todavía considerando el efecto obligatorio que otorga este instrumento a las decisiones arbitrales. Es por ello que de acuerdo a la corriente constitucionalista, nada está exento del control de constitucionalidad, por ende, no se puede permitir la creación de estos tribunales arbitrales para la solución de controversias que se suscitaren del presente tratado, ya que aquello iría en contra, no solo de disposición constitucional expresa, sino que sería un atentado a la soberanía popular expresada a través de la Constitución de la República (artículo 422 de la Constitución).

La excepción a la disposición constitucional contenida en el artículo 422 está dada por "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"(4); aquello guarda coherencia con el artículo 423 que proclama la integración del Ecuador y Latinoamérica, en sus

numerales 1 y 7, que propenden a impulsar la integración económica y el comercio regional, así como favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional tendientes a la integración regional. Aquello está determinado por el compromiso del Ecuador a mantener un proceso e integración regional permanente, así como al objeto de lograr un proceso de integración profundo con sus pares latinoamericanos. Del análisis de los artículos VI y VII de este instrumento internacional, se observa que el mismo no tiende hacia un proceso de integración regional, sino a un instrumento que compromete a los estados, particulares y sociedades del Ecuador y Estados Unidos de América en un tema específico que son las inversiones; por ende, no se encasilla dentro de la salvedad que contempla el texto constitucional. Por tanto, los artículos VI y VII del tratado internacional, objeto de análisis, es claramente contrario a la Constitución de la República del Ecuador (énfasis añadido).

21. La Corte repitió el mencionado criterio también en la denuncia de los TBIs que Ecuador suscribió con Francia² y Alemania³. Este parece ser el criterio más “desarrollado” para llegar a la conclusión de que los referidos tratados serían contrarios a la Constitución, por lo que también será en el dictamen de referencia para el presente *Amicus Curiae*. Ello, sin perjuicio que se haga menciones directas a lo dicho por la Corte Constitucional dentro de otros dictámenes de inconstitucionalidad de distintos TBIs.
22. Por otro lado, también existen razonamientos de la Corte Constitucional que declararon la inconstitucionalidad de ciertos TBIs con argumentos sin un análisis profundo. Por ejemplo, los dictámenes respecto de los TBIs suscritos con Bolivia⁴, Perú⁵ y China⁶ afirman que uno de los aspectos para determinar si el tratado era inconstitucional es si las controversias que derivan de este son de índole comercial. Sin embargo, su texto no define qué debería entenderse por controversia comercial y si este tipo de controversias tiene alguna relación con la materia de inversiones. En los dictámenes sobre los TBIs firmados

² Corte Constitucional, Dictamen No. 031-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

³ Corte Constitucional, Dictamen No. 023-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 249 de 03 de agosto de 2010.

⁴ Corte Constitucional, Dictamen No. 0001-14-DTI-CC, emitido el 15 de enero de 2014.

⁵ Corte Constitucional, Dictamen No. 032-13-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 154 de 03 de enero de 2014.

⁶ Corte Constitucional, Dictamen No. 027-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 258 de 17 de agosto de 2010.

con Finlandia⁷, Reino Unido⁸ y Países Bajos⁹, el análisis se limita a afirmar que, dado que las inversiones que realizan los inversionistas son de capital, estas se verán inmersas en actividades de índole comercial, como si eso calificase a la inversión como “comercial”. En el dictamen sobre el TBI con Chile¹⁰ ni siquiera llegan a tratar lo que se entiende por “índole comercial”. Finalmente, en el dictamen del TBI con Suiza¹¹ ni siquiera se percatan que en dicho tratado no existe arbitraje como mecanismo de resolución de disputas Estado-inversionista y, pese a eso, lo declaran inconstitucional asumiendo que lo contiene.

23. Lo más alarmante es que en los dictámenes de los TBIs con Canadá¹², Italia¹³ y el Reino de España¹⁴, el razonamiento de la Corte Constitucional incluso parecería responder a las afirmaciones del entonces Presidente de la República centrando el análisis de constitucionalidad de dichos instrumentos internacionales en el hecho que no era deseable que tribunales arbitrales internacionales dictaminen la responsabilidad del Estado ecuatoriano. El razonamiento fue el siguiente:

Al someter jurisdiccionalmente al Ecuador al arbitraje internacional, no sería raro que se presenten experiencias como las que ha descrito el señor presidente de la República, en el sentido de que al resolver controversias entre compañías extranjeras y el Estado se priorice el concepto de la "inversión", en menoscabo del ordenamiento interno, al considerar que las medidas legislativas tomadas por la República del Ecuador han sido "arbitrarias" o "discriminatorias", o a pesar de que en la mayoría de los convenios se ha respetado la soberanía tributaria de los países receptores de la inversión, los tribunales arbitrales eventualmente las desconocen, al estimar que una medida tributaria es "confiscatoria", lo que evidentemente habría lesionado el interés

⁷ Corte Constitucional, Dictamen No. 027-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 258 de 17 de agosto de 2010.

⁸ Corte Constitucional, Dictamen No. 020-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 249 de 03 de agosto de 2010.

⁹ Corte Constitucional, Dictamen No. 030-I0-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 294 de 06 de octubre de 2010.

¹⁰ Corte Constitucional, Dictamen No. 038-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010.

¹¹ Corte Constitucional, Dictamen No. 040-10-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 331 de 30 de noviembre de 2010.

¹² Corte Constitucional, Dictamen No. 035-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 313 de 04 de noviembre de 2010.

¹³ Corte Constitucional. Dictamen No. 022-13-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 64 de 22 de agosto de 2013.

¹⁴ Corte Constitucional. Dictamen No. 010-13-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 956 de 17 de mayo de 2013.

*nacional, justificándose, de esta manera, la intención de denunciar por parte de la Presidencia de la República al Convenio en mención.*¹⁵

24. Con base en lo expuesto, la finalidad de este *Amicus Curiae* es proveer a esta Corte de elementos que le permita enmendar los errores de derecho que contienen las distintas declaratorias de inconstitucionalidad y arribar a una interpretación adecuada del artículo 422 de la Constitución.

3.2. LAS NORMAS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL APLICABLES A LA ACCIÓN INTERPRETATIVA DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

25. La labor de interpretación de la norma constitucional que realiza la Corte Constitucional debe hacerse con sujeción a las reglas previstas en la Carta Magna. Su artículo 427 prevé:¹⁶

*Las normas constitucionales se interpretarán por el **tenor literal** que más se ajuste a la **Constitución en su integralidad**. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete **la voluntad del constituyente**, y de acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional (énfasis añadido)*¹⁷.

26. En general, las reglas de interpretación establecidas en el artículo 427 de la Constitución y 3 de la LOGJCC y con base en las cuales se desarrollará el presente *Amicus Curiae* son: (i) literal o exegética; (ii) sistemática; y (iii) volitiva o de la voluntad del Constituyente. Como se analizará con detenimiento¹⁸, el criterio respecto de la “plena vigencia de derechos” no debe ser considerado uno de los estándares para analizar el presente caso. Ello, debido a que el artículo 422, en *strictu sensu*, no otorga o reconoce derechos, sino que se trata de una norma de la Constitución, que se refiere, por el contrario, a las limitaciones del Estado y su funcionamiento.
27. También, para interpretar el artículo 422 de la Constitución, este *Amicus Curiae* analizará la norma en sus primeros dos incisos. Ello, debido a que el inciso primero dispone una

¹⁵ Corte Constitucional, Dictamen No. 035-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 313 de 04 de noviembre de 2010; Corte Constitucional. Dictamen No. 022-13-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 64 de 22 de agosto de 2013; Corte Constitucional. Dictamen No. 010-13-DTI-CC, Registro Oficial Suplemento No. 956 de 17 de mayo de 2013.

¹⁶ Esta tiene dicha facultad pues el Art. 429 de la Constitución expresamente manda que: “La Corte Constitucional es el máximo órgano de control, interpretación constitucional y de administración de justicia en esta materia”.

¹⁷ Esto es ratificado por el Art. 3 de la LOGJCC que manda: “Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integralidad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”.

¹⁸ Ver *infra* § 4.6

prohibición general y el segundo prevé una excepción. Es decir, ambos forman parte de un mismo presupuesto normativo, en el que se evita expresamente que se realice una conducta determinada, pero también se prevé un escenario en el que esta es permitida. En otras palabras, con el fin de completar una interpretación sistemática del artículo 422 de la Constitución, no se puede interpretar el alcance de su inciso primero sin el segundo.

3.3. UN ANÁLISIS CONCEPTUAL DE LAS DISPOSICIONES DEL ARTÍCULO 422(1) Y 422(2) DE LA CONSTITUCIÓN MUESTRA QUE LA PROHIBICIÓN NO ALCANZA A LOS TBIS

28. La interpretación literal de la norma constitucional *in comento* se realizará a partir del análisis de cada una de las expresiones utilizadas por el Constituyente. Asimismo, se interpretará el primer inciso del artículo 422 para determinar el alcance de la prohibición; y posteriormente, se interpretará su segundo inciso, para realizar la misma labor con la excepción en la que se permite el acto prohibido.

29. El lenguaje de la prohibición del artículo 422 de la Constitución es el siguiente:

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.

30. La expresión “*no se podrá*” es una forma expresa de prohibición. Por su parte la expresión “*se exceptúan*” es justamente una excepción a la prohibición general. Sin embargo, el resto del enunciado no puede entenderse solo con su tenor literal, por el grado de complejidad de las palabras utilizadas por el constituyente. También se deben desarrollar los conceptos a los que se refiere la norma.

31. El análisis conceptual de las palabras es parte de la interpretación literal. Esto por una razón lógica. El lenguaje tiene conceptos que se utilizan de manera técnica, en situaciones determinadas, y sin los cuales no se podría entender la disposición implantada en el ordenamiento jurídico por el legislador; o, en este caso, por el Constituyente.

32. La prohibición del artículo 422 de la Constitución reviste una especial necesidad de análisis técnico de las palabras utilizadas por el Constituyente. Este análisis se debe hacer a través de la doctrina, jurisprudencia y legislación aplicables. Por esto se analizarán cada uno de los conceptos relevantes de los dos incisos del artículo 422 de la Constitución.

33. Respecto del primer inciso son: (i) “*tratados o instrumentos internacionales*”; (ii) “*ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*”, (iii) “*controversias contractuales o de índole comercial*”, y, iv) “*entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”.
34. En relación con el segundo inciso, dado que ya nos habremos referido a las expresiones “*tratados e instrumentos internacionales*” y “*solución de controversias entre Estados y ciudadanos*”, nos referiremos a: i) “*en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales*”, ii) “*o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*”, y iii) “[n]o podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

3.3.1. ALCANCE CONCEPTUAL DE LA FRASE “INSTRUMENTOS INTERNACIONALES” EN EL ARTÍCULO 422(1): UN INSTRUMENTO “INTERNACIONAL” ESTÁ LIGADO A UNA FUENTE DE DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

35. La prohibición del artículo 422(1) de la Constitución consiste en celebrar ciertos “*tratados o instrumentos internacionales*”. Mientras el concepto de tratados internacionales es preciso y no genera confusión, la palabra “*instrumentos internacionales*” suele ser objeto de errores conceptuales. Este concepto debe analizarse a la luz del Derecho Internacional y no debe ser confundido con fuentes de Derecho doméstico como contratos que tienen elementos extranjeros (*ej.* la nacionalidad de las partes, lugar de cumplimiento de las obligaciones en el exterior o si se someterá a una legislación extranjera).
36. El artículo 38 del Estatuto de la Corte Internacional de Justicia recoge las fuentes del Derecho Internacional Público. Este artículo establece lo siguiente:

La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar:

- a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes;*
- b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho;*
- c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas;*
- d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. [...] [énfasis añadido].*

37. De estas fuentes, la única que es susceptible de ser “*celebrada*” -que es el verbo rector de la prohibición- es la primera: convenciones internacionales; esto es, tratados. No existe tal cosa como una categoría específica dentro de las fuentes de Derecho Internacional que corresponda a las palabras “*instrumentos internacionales*” que puedan ser celebrados y que difieran de las convenciones, y, por ello, el artículo 422 de la Constitución debe interpretarse en consideración a las fuentes del Derecho Internacional.
38. No es casualidad que el artículo 422 de la Constitución se encuentre bajo el capítulo denominado “*Tratados e instrumentos internacionales*”. A su vez, este capítulo está localizado (en la Constitución) dentro del título denominado “*Relaciones Internacionales*”. El artículo 416 reúne los principios de las “*relaciones del Ecuador con la comunidad internacional*”. Esto es, con otros Estados.
39. Existen 13 principios consagrados en el artículo 416 de la Constitución, todos enmarcados en el ámbito de las relaciones existentes entre Estados, por ejemplo:

*“la independencia e igualdad jurídica de los Estados, la convivencia pacífica y la autodeterminación de los pueblos, así como la cooperación, la integración y la solidaridad”*¹⁹

*“rechaz[o] [a] la amenaza o al uso de la fuerza [...]”*²⁰

*“la [no] injerencia de los Estados en los asuntos internos de otros Estados, y cualquier forma de intervención, sea incursión armada, agresión, ocupación o bloqueo económico militar”*²¹

*el respeto a los derechos humanos [...]”*²²

40. Todos estos principios son aplicables a las relaciones entre los Estados. De manera particular, la Constitución reconoce el “*derecho internacional como norma de conducta*”²³. Así, las fuentes del Derecho Internacional deben guiar la definición del alcance conceptual de la expresión “*instrumento internacional*”.
41. En concordancia con lo anterior, el artículo 416 de la Constitución también emplea la palabra “*instrumentos*” al establecer que el Estado “*impulsa la creación, ratificación y vigencia de instrumentos internacionales para la conservación y regeneración de los ciclos vitales de planeta y la biosfera*”. El artículo 418 de la Constitución, por su lado, trata sobre el proceso de formación del consentimiento del Estado ecuatoriano, otorgando

¹⁹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Artículo 416(1).

²⁰ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Artículo 416(2).

²¹ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Artículo 416(3).

²² Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Artículo 416(9).

²³ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, Artículo 416(7).

la potestad exclusiva al Presidente de la República de “*suscribir o ratificar los tratados y los instrumentos internacionales*”²⁴.

42. De lo anterior se desprende que la Constitución utiliza el término “*instrumentos*” como un sinónimo de tratado o convención -el uno especie, y el otro género-. Ambos artículos hablan sobre la “*celebración*”, “*suscripción*”, “*ratificación*” de instrumentos internacionales. Desde la perspectiva del Derecho Internacional Público, sólo los tratados o convenciones son susceptibles de suscripción y ratificación.²⁵ Así, la Constitución utiliza los términos “*instrumento*” y “*tratado*” como equivalentes. El propio artículo 422 de la Constitución confirma esto debido a que este artículo prohíbe la “*celebración*” de “*tratados o instrumentos internacionales [...]*” -la expresión “o” en este caso no se usa como conjunción disyuntiva, sino como símil.
43. Este análisis respecto a la equivalencia funcional en el uso del Constituyente de las palabras “*tratado*” e “*instrumento internacional*” es confirmado por la propia definición de la palabra “*instrumento*”.
44. De acuerdo a la definición de la Real Academia de la Lengua Española, la acepción jurídica de la palabra “*instrumento*” se define como “*escritura, papel o documento con que se justifica o prueba algo*”²⁶. De acuerdo al diccionario jurídico de Cabanellas, la definición de instrumento es la siguiente: “*INSTRUMENTO. Del latín instruere, instruir. En sentido general, escritura, documento. Es aquel elemento que atestigua algún hecho o acto.*”²⁷ De acuerdo al *Black’s Law Dictionary*, un “instrumento” es un “*documento escrito; un documento formal o legal escrito, tal como un contrato, una escritura, un testamento, un bono [...]* [traducción libre]”²⁸. Esto es acorde a la definición de “*tratado internacional*” bajo el Derecho Internacional.
45. Las normas de Derecho Internacional Público lo confirman. De acuerdo a la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, “*se entiende por ‘tratado’ un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regidos por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular [énfasis añadido]*”²⁹. Es decir, un tratado internacional está contenido en uno o varios “*instrumentos*”.

²⁴ Constitución de la República del Ecuador, Registro Oficial No. 449, artículo 418.

²⁵ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Artículo 14.

²⁶ Real Academia de la Lengua Española, 2020, **Anexo-#**, Definición de Instrumento.

²⁷ Cabanellas de Torres, G. y G. Cabanellas de las Cuevas, *Diccionario Jurídico Elemental*, Undécima edición, 1993.

²⁸ *Black’s Law Dictionary*, Online Legal Dictionary, 2nd Edition, 2020, **Anexo-#**, Definition of “Instrument” (“A written document; a formal or legal document in writing, such as a contract, deed, will, bond, or lease. *State v Phillips*, 157 Ind. 4S1, 62 No. E. 12; *Cardenas v. Miller*, 108 Cal 250, 39 Pac. 783, 49 Am. St Rep. 84; *Benson v. McMahon*, 127 U. S. 457, 8 Sup. Ct 1240, 32 L. Ed. 234; *Abbott T. Campbell*, 60 Neb. 371, 95 N. W. 592.”)

²⁹ Organización de las Naciones Unidas. Convención de Viena Sobre el Derecho de los Tratados. U.N. Doc A/CONF.39/27. Viena, 1969, Art. 2.

46. Este tipo de “*instrumentos*” pueden ser variados y manifestarse de diversas formas. Ejemplo de ello son el intercambio de cartas o las minutas de reuniones en donde los Estados han llegado a acuerdos. En el *Caso Relativo a la Delimitación Marítima y Cuestiones Territoriales entre Qatar y Bahrein (Qatar c. Bahrein)*, la Corte Internacional de Justicia reconoció la existencia de un acuerdo internacional entre ambos Estados, a pesar de que dicho acuerdo no tomó la forma típica de un tratado internacional. Al respecto, la Corte Internacional de Justicia explicó lo siguiente:

Bahrein sostiene que las Actas del 25 de diciembre de 1990 no fueron otra cosa que una simple constancia de las negociaciones [...] y que, acordemente, estas no tienen el rango de un acuerdo internacional y no pueden, entonces, servir como base para la jurisdicción de la Corte. La Corte observa que, en primer lugar, los tratados internacionales pueden tomar muchas formas y pueden otorgárseles una de diversidad de nombres [énfasis añadido]”³⁰.

47. Esas “*formas*” a las que se refiere la Corte Internacional de Justicia no son otra cosa que los “*instrumentos*” mediante los cuales un acuerdo internacional puede llegar a celebrarse. En *Qatar c. Bahrein*, la Corte Internacional de Justicia recurrió al fallo de 1978 sobre el *Caso Relativo a la Plataforma Continental del Mar Egeo*, en el cual se discutió sobre la calidad de acuerdo internacional de un *joint communiqué* (comunicado conjunto) realizado por Grecia y Turquía³¹. La Corte estableció que “*no conoce de una norma en el derecho internacional que impida a un joint comunicado constituir un acuerdo internacional*”³². Esto es acorde a la conclusión de la Corte Internacional de Justicia de que un tratado internacional puede tomar diversas formas, *i.e.*, puede estar contenida en distintos “*instrumentos*”.

48. Este no es el caso de contratos celebrados entre un ente estatal y una persona privada. Tales “*instrumentos*” están fuera del ámbito del Derecho Internacional, pues no constituyen una de sus fuentes formales. No son tratados o convenciones internacionales. La doctrina ha mencionado, en este respecto, que “*para que exista un tratado internacional es preciso que las dos partes sean sujetos del [Derecho Internacional]. Por lo tanto no son tratados internacionales, sea cual fuere su forma, los actos contractuales entre sujeto y una entidad que no es sujeto de derecho internacional*”³³.

³⁰ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, International Court of Justice, Judgment on Jurisdiction and Admissibility, 1 July 1994, p. 120

³¹ Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, International Court of Justice, Judgment on Jurisdiction and Admissibility, 1 July 1994, p. 120

³² Maritime Delimitation and Territorial Questions between Qatar and Bahrain, International Court of Justice, Judgment on Jurisdiction and Admissibility, 1 July 1994, p. 121

³³ H. Bohdan y M.T. Moya. Derecho Internacional Público. Tercera Edición Actualizada. Buenos Aires: Sociedad Anónima Editora Comercial, Industrial y Financiera, 1999, p. 97; M. Seara Vásquez, Derecho Internacional Público, 22 ed., Editorial Porrúa, 2005.

49. Sobre ello, la Corte Internacional de Justicia se pronunció en la decisión del 22 de julio de 1952 relativa al caso de la *Anglo-Iranian Oil Co.* entre Irán y el Reino Unido³⁴. En el fallo, la Corte discutió sobre la naturaleza jurídica de un acuerdo celebrado en 1933 entre la compañía Anglo-Iranian Oil Co. y el gobierno de Irán. Dicho acuerdo puso fin a la disputa causada por la cancelación de una concesión por parte del gobierno iraní.
50. El argumento principal del Reino Unido era que, como resultado de dicho acuerdo, Irán asumió, frente al primero, ciertas obligaciones propias de un tratado internacional³⁵. Reino Unido sostenía que el acuerdo tenía un doble carácter jurídico, siendo por un lado un contrato entre la compañía y el Estado iraní y, por otro, un tratado internacional entre ambos Estados³⁶. La Corte no aceptó el argumento del Reino Unido. La Corte Internacional de Justicia expresó:

*No puede aceptar la posición de que un contrato firmado entre el Gobierno de Irán y la Anglo-Persian Oil Company tiene un doble carácter. No es más que un contrato de concesión entre un gobierno y una corporación extranjera*³⁷. (traducción libre)

51. La Corte Internacional de Justicia no encontró la existencia de un tratado internacional a pesar de que se trataba de un contrato celebrado entre un gobierno y una persona jurídica extranjera. El razonamiento de la Corte incluyó el hecho de que no existían obligaciones entre los Estados, pues el Reino Unido no era siquiera parte del contrato:

*El Gobierno del Reino Unido no es parte del contrato; no existe una relación contractual entre el Gobierno de Irán y el Gobierno de Reino Unido. Bajo el contrato el Gobierno de Irán no puede reclamar al Gobierno del Reino Unido ningún derecho que pueda reclamar a la Compañía, tampoco puede exigírsele que cumpla, a favor del Gobierno del Reino Unido, ninguna obligación a la que se haya obligado con la Compañía*³⁸. (traducción libre)

52. Respecto al “*instrumento*” en el que se celebró el acuerdo entre la compañía británica y el Gobierno de Irán, la Corte Internacional de Justicia explicó:

³⁴ International Court of Justice. *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment*. I.C.J. Reports, 1952.

³⁵ International Court of Justice. *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment*. I.C.J. Reports, 1952, p. 111.

³⁶ International Court of Justice. *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment*. I.C.J. Reports, 1952, p. 111.

³⁷ International Court of Justice. *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment*. I.C.J. Reports, 1952, p. 113.

³⁸ International Court of Justice. *Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment*. I.C.J. Reports, 1952, p. 113.

*El documento que contiene las firmas de los representantes del Gobierno de Irán y de la Compañía tiene un único propósito: el de regular la relación entre el Gobierno y la Compañía en cuanto a la concesión. Éste no regula de ninguna manera la relación entre los dos Gobiernos*³⁹. (traducción libre)

53. Por esta razón, la Corte determinó que dicho acuerdo –contrato de concesión entre una compañía extranjera y el Estado Iraní– no constituye un tratado internacional⁴⁰.
54. El carácter de “*internacional*” lo tiene un “*instrumento*” por ser una fuente de Derecho Internacional y, como se ha visto, los contratos celebrados entre un Estado (o un ente estatal) y una parte privada (natural o jurídica) local o extranjera, no constituyen fuente de Derecho Internacional. Por el contrario, son fuente de Derecho doméstico. Por tanto, los contratos no son “*instrumentos internacionales*” y no puede entenderse que su celebración esté prohibida bajo ningún concepto. El artículo 422 de la Constitución utiliza la frase “*instrumento internacional*” de manera equivalente a “*tratado*” como fuentes formales de Derecho Internacional Público y no puede entenderse la prohibición contenida en el artículo 422 con un alcance mayor al aquel otorgado por el Derecho Internacional y el propio texto de dicho artículo.

3.3.2. ALCANCE CONCEPTUAL DEL TEXTO “CEDER JURISDICCIÓN SOBERANA” POR PARTE DEL ESTADO ECUATORIANO DEL ARTÍCULO 422(1): LA FRASE “JURISDICCIÓN SOBERANA” DEBE SER ENTENDIDA DENTRO DEL CONCEPTO DE INMUNIDAD SOBERANA

55. El artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador establece que “[n]o se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional”.
56. La expresión “*jurisdicción soberana*” es un concepto que pertenece a la institución de la inmunidad bajo el Derecho Internacional Público⁴¹. La inmunidad soberana del Estado se basa en los principios de soberanía, igualdad e independencia que se sintetizan en el

³⁹ International Court of Justice. Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment. I.C.J. Reports, 1952, p. 113.

⁴⁰ International Court of Justice. Anglo-Iranian Oil Co. Case, Jurisdiction, Judgment. I.C.J. Reports, 1952, p. 113.

⁴¹ Díez de Velasco, Manuel, Instituciones de Derecho Internacional Público, 2006, p. 299. Otra acepción de “*jurisdicción soberana*” dentro del Derecho Internacional Público es la potestad de dictar normas con efecto coactivo dentro de su circunscripción territorial. Por inferencia negativa, la “*jurisdicción soberana*” en este sentido es un límite espacial a la potestad normativa de los estados con respecto a los territorios de otros estados. Esta acepción de “*jurisdicción soberana*” es extraña al contexto del artículo en comento por lo que no se la desarrolla.

aforismo “*par in parem non habet imperium*”⁴²”, en virtud del cual un Estado no puede ser sometido a la potestad jurisdiccional de otro Estado⁴³. Este principio se rige principalmente por la costumbre internacional⁴⁴, la cual se cristalizó en convenciones tales como la Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes⁴⁵.

57. La inmunidad soberana se define como el atributo de todo Estado soberano, que impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice en ejercicio de su potestad soberana, o bien sobre los bienes de los cuales es titular o utiliza en ejercicio de dicha potestad soberana⁴⁶. En este sentido, la inmunidad del Estado es de dos tipos, de jurisdicción y de ejecución⁴⁷. La inmunidad de jurisdicción implica que el Estado extranjero no puede ser demandado ni sometido a juicio ante los tribunales de otros Estados, y, por otro lado, la inmunidad de ejecución establece que el Estado extranjero y sus bienes no pueden ser objeto de medidas de ejecución, o de aplicación de las decisiones judiciales y administrativas, por los órganos del Estado territorial⁴⁸. El texto del artículo 422 de la Constitución incorpora de forma expresa a la frase “*jurisdicción soberana*” y esta debe ser entendida como inmunidad de jurisdicción, por ser la única interpretación jurídica viable en aplicación del ordenamiento jurídico⁴⁹.
58. Al existir igualdad entre los Estados –sujetos de Derecho Internacional– resulta natural que un Estado no pueda juzgar a otro en sus propias cortes locales (sin su consentimiento)⁵⁰. Así, los Estados gozan de inmunidad soberana de jurisdicción respecto de otros. Pero incluso en este escenario, la inmunidad de jurisdicción no es absoluta. De acuerdo a la teoría de la inmunidad absoluta que ya ha sido superada, un Estado soberano no puede ser sometido ni demandado a la jurisdicción de otro Estado soberano sin su

⁴² Herz, Marina, *La nueva Convención de Naciones Unidas sobre Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus bienes. Su Compatibilidad con el Régimen Argentino*, Revista Electrónica de Estudios Internacionales, 2005, p. 1.

⁴³ Salamanca Aguado, Esther, *Inmunidad de Jurisdicción del Estado y el Derecho de Acceso a un Tribunal a propósito de la Sentencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos en el Asunto McElhinney c. Irlanda*, Anuario de Derecho Internacional, v. XVIII, 2002, p. 348; Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de Octubre*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 8, 2016, p. 7.

⁴⁴ Organización de Estados Americanos, *Inmunidades de Jurisdicción de los Estados: Alcance y Vigencia*, 2015, p. 2.

⁴⁵ Paradela Areán, Paula, *Convención de las Naciones Unidas sobre las Inmunidades Jurisdiccionales de los Estados y de sus Bienes, hecha en Nueva York el 2 de diciembre de 2004*, Revista Española de Derecho Internacional, 2012, p. 259.

⁴⁶ Esther, Mathieu, *Inmunidad de Jurisdicción de los Estados*, 2010, RECORDIP, p. 1.

⁴⁷ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2006, p. 299.

⁴⁸ *Ibíd.*, pp. 299-300.

⁴⁹ Ver *infra* § 4.4

⁵⁰ Diógenes Bermúdez, Alfonso, *Inmunidad de jurisdicción de las empresas propiedad de Estados extranjeros*, Revista de Derecho Público, No. 69 – 70, 1997, pp. 5 – 6.

consentimiento⁵¹, incluso si se trata de asuntos civiles o mercantiles⁵². En la actualidad se ha reconocido ya que la inmunidad de jurisdicción tiene una aplicación restringida y que un Estado puede ejercer jurisdicción sobre otro Estado cuando el objeto de la disputa verse sobre actividades privadas o comerciales de dicho Estado y no sobre actos soberanos o públicos⁵³. La distinción principal en esta materia es considerar que los actos realizados por el Estado en uso de su soberanía, *i.e.* los *acta iure imperii*, gozan de inmunidad soberana, mientras que los actos propios de las actividades de gestión y administración, *i.e.* *acta iure gestionis*, no⁵⁴.

59. Además, debe puntualizarse que, aún en el caso de actos de *iure imperii*, la noción de inmunidad tampoco es absoluta⁵⁵. El Derecho Internacional Público no se opone a que los Estados renuncien a su inmunidad soberana⁵⁶. Un Estado puede consentir someterse a las cortes estatales de otro Estado, renunciando de forma expresa o tácita a su inmunidad soberana. El efecto será que las cortes de uno de los Estados quedan autorizadas para conocer el caso en contra del Estado extranjero⁵⁷. Como regla general, los Estados son libres de renunciar a dicha inmunidad. Una discusión similar se puede establecer sobre la inmunidad de ejecución -sobre bienes de naturaleza comercial vs. bienes revestidos de protección soberana y, sobre todo, renuncia a la inmunidad-.
60. No obstante, la noción de inmunidad de jurisdicción como expresión de jurisdicción soberana dentro de la cual un Estado solo debe ser juzgado dentro de sus cortes locales (la más rancia expresión de la doctrina Calvo) aún para efectos de responsabilidad internacional-, ha quedado abandonada. Primero, porque la existencia de un orden jurídico internacional demanda a los Estados responder en caso de incumplimiento de sus obligaciones internacionales⁵⁸. La responsabilidad del Estado se convierte en un principio fundamental del Derecho Internacional, que surge de la naturaleza del sistema legal internacional y de las doctrinas de soberanía e igualdad de los Estados⁵⁹. Segundo, porque justamente para evitar la justiciabilidad de la responsabilidad internacional de los estados ante cortes locales⁶⁰ -y la posible afectación a la inmunidad de jurisdicción-, la comunidad

⁵¹ Llanos M., Hugo, *Inmunidad de Jurisdicción y de Ejecución del Estado que realiza actividades comerciales*, Revista Chilena de Derecho, Vol. 2, 1975, p. 14.

⁵² Shaw & Malcolm N., *Óp. Cit.*, pp. 526 – 528.

⁵³ Diógenes Bermúdez, Alfonso, *Inmunidad de jurisdicción de las empresas propiedad de Estados extranjeros*, Revista de Derecho Público, No. 69 – 70, 1997, p. 6.

⁵⁴ Díez de Velasco, *Óp. Cit.*, p. 304.

⁵⁵ Gutiérrez Espada, Cesáreo, *Sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados Extranjeros en España, a la luz de la Ley Orgánica 16/2015, de 27 de Octubre*, Cuadernos de Derecho Transnacional, Vol. 8, 2016, p. 13; Díez de Velasco, *Óp. Cit.*, p. 300.

⁵⁶ Shaw, Malcolm N., *Óp. Cit.*, p. 559.

⁵⁷ Barria García, Juan Aníbal, *Comentarios sobre la Inmunidad de Jurisdicción de los Estados y sus Bienes*, THĒMIS-Revista De Derecho, Vol. 26, 1993, p. 50.

⁵⁸ Molteni, Atilio, *La Responsabilidad Internacional del Estado*, Lecciones y Ensayos, 1964, p. 44.

⁵⁹ Shaw & Malcolm N., *International Law*, Cambridge University Press, Eight Edition, p. 589.

⁶⁰ Excepciones a esto son limitadas, como el caso de la jurisdicción de carácter universal para juzgar, por ejemplo, crímenes de tortura. Aunque en este caso no se invoca responsabilidad internacional del estado

internacional ha creado una serie de órganos de adjudicación internacional. Luego, el consentimiento para otorgar jurisdicción a una corte o tribunal -sea permanente o arbitral-internacional no se riñe con el principio de jurisdicción soberana pues no implica que un Estado juzgue a otro. De hecho, la celebración de un tratado internacional donde se acuerda otorgar consentimiento para que un Estado sea juzgado por un tribunal local o internacional es justamente una expresión de la soberanía de la que goza dicho Estado. En este orden de ideas, en el plano internacional no juega la noción de inmunidad de jurisdicción sino la noción de consentimiento para ejercer jurisdicción.

61. En este sentido, los Estados, aunque soberanos respecto de sus territorios, son iguales los unos con los otros en el ámbito del Derecho Internacional Público. Por tanto, cuando el Estado es juzgado en el plano internacional por un ilícito internacional, no es posible alegar inmunidad soberana alguna⁶¹. El análisis relevante será otro, *i.e.* si hubo o no consentimiento para ejercer jurisdicción.

3.3.2.1. EL ESTADO NO “CEDE” “JURISDICCIÓN SOBERANA” AL PACTAR ARBITRAJE INTERNACIONAL EN EL ÁMBITO DEL DERECHO INTERNACIONAL PÚBLICO

62. Los Estados son libres de celebrar tratados internacionales. Al ser fuentes de Derecho Internacional Público, los tratados internacionales generan obligaciones de Derecho Internacional⁶². Las partes de dichos tratados, por ende, adquieren responsabilidad internacional en el caso de que cometan un ilícito internacional (al violar dichos tratados)⁶³.
63. Como fue mencionado anteriormente, no existe inmunidad soberana respecto de las obligaciones de Derecho Internacional que los Estados adquieran como sujetos de Derecho Internacional Público y sean resueltas por cortes internacionales. Al no existir inmunidad soberana, los Estados no pueden renunciar a ella. Así, los mecanismos internacionales de resolución de disputas que adopten las Partes de un tratado internacional no constituyen cesión alguna de jurisdicción soberana; dicha posibilidad es conceptualmente imposible.

sino del individuo. El panorama puede ser más complejo cuando la responsabilidad que se invoca es la de un jefe de Estado. Lo importante es señalar que tal excepción existe solo porque una norma de derecho imperativo dentro del derecho internacional consuetudinario que así lo permite.

⁶¹ Díez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2006, p. 300.

⁶² Estatuto de la Corte Internacional de Justicia, Artículo 38 (“1. La Corte, cuya función es decidir conforme al derecho internacional las controversias que le sean sometidas, deberá aplicar: a. las convenciones internacionales, sean generales o particulares, que establecen reglas expresamente reconocidas por los Estados litigantes; b. la costumbre internacional como prueba de una práctica generalmente aceptada como derecho; c. los principios generales de derecho reconocidos por las naciones civilizadas; d. las decisiones judiciales y las doctrinas de los publicistas de mayor competencia de las distintas naciones, como medio auxiliar para la determinación de las reglas de derecho, sin perjuicio de lo dispuesto en el Artículo 59. [...]”)

⁶³ [Draft Articles on Responsibility of States for Internationally Wrongful Acts, with commentaries, 2001, Artículo 1 (“Every international wrongful act of a State entails the international responsibility of that State.”)]

64. Las partes de un tratado internacional pueden adoptar distintos mecanismos de resolución de disputas. Así, por ejemplo, nació la Carta de Naciones Unidas en 1945 que creó a su vez la Corte Internacional de Justicia para la resolución de disputas de Derecho Internacional. De manera similar, se creó la Corte Penal Internacional para resolver disputas respecto, *inter alia*, del cometimiento de crímenes de lesa humanidad. La Organización Mundial del Comercio tiene su propio mecanismo de resolución de controversias en el ámbito del Derecho Internacional de Comercio. Todos estos mecanismos están destinados a resolver sobre eventuales violaciones a obligaciones de Derecho Internacional Público. Al someterse voluntariamente a la jurisdicción de dichos foros, los Estados no ceden jurisdicción soberana, porque, en ausencia de dichos foros, no existe una entidad que ejerza *a priori* y *per se* una jurisdicción natural que pueda ser cedida.
65. Los TBIs son una fuente de Derecho Internacional, y, como tales, generan obligaciones internacionales. En los TBIs, las partes generalmente acuerdan someter las disputas que surjan entre un Estado y el nacional del otro Estado a arbitraje internacional. En ningún caso existe “cesión de jurisdicción soberana” porque, en ausencia de dicha estipulación del tratado, no existiría un organismo natural que ejerza dicha jurisdicción. La jurisdicción para conocer la responsabilidad internacional del Estado solo surge cuando una norma de derecho internacional público -que sea vinculante para ese Estado- crea dicha jurisdicción. No existe *ex ante*, por lo que la noción de cesión es simplemente impensable.
66. Finalmente, es importante mencionar que a través de un TBI no existe, en términos absolutos, cesión de jurisdicción alguna. Las cláusulas de resolución de disputas mediante arbitraje en controversias Estado-inversionista únicamente implican una oferta unilateral del Estado para arbitrar. Para que dicha oferta constituya un convenio arbitral que de origen a la jurisdicción de un tribunal arbitral es necesario que el inversionista manifieste su consentimiento también en dicho mecanismo. Solo con el perfeccionamiento del consentimiento del inversionista recién surge la jurisdicción arbitral. En este sentido, la oferta unilateral que realiza un Estado para arbitrar disputas relacionadas con un TBI no puede ser considerada como una cesión de jurisdicción.

3.3.3. ALCANCE CONCEPTUAL DEL TEXTO “CONTROVERSIAS CONTRACTUALES O DE ÍNDOLE COMERCIAL” EN EL ARTÍCULO 422(1) DE LA CONSTITUCIÓN

67. No basta que exista un tratado internacional que “ceda jurisdicción soberana” - admitiendo que exista uno- para que opere la prohibición del artículo 422(1), sino que además es necesario que se trate de “*controversias contractuales o de índole comercial*”. El criterio que manejó la Corte Constitucional al respecto fue expresado claramente en los dictámenes de inconstitucionalidad de los TBIs que el Ecuador suscribió con Estados

Unidos, Alemania y Francia⁶⁴: los TBIs comprometen “*al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente con el ámbito comercial, como es la de inversiones*”⁶⁵. Es decir, se afirmó que las controversias que nacen un TBI son de carácter contractual o comercial⁶⁶. Sin embargo, esta interpretación es equivocada y se aleja de los conceptos de controversia contractual y comercial tanto sobre la base del Derecho ecuatoriano, como del Derecho Internacional.

68. La palabra “controversia” según la Real Academia de la Lengua Española significa: “[d]iscusión de opiniones contrapuestas entre dos o más personas”⁶⁷. Para efectos del entendimiento del artículo *in comento*, esta discusión de opiniones debe ser la que se realiza dentro de un proceso arbitral⁶⁸. De este modo, si se habla de controversia contractual, comercial o de inversiones, se utiliza la palabra controversia para referirse a la existencia de un proceso arbitral, y los adjetivos que le siguen se utilizan como una forma de marcar la naturaleza de la disputa, que será resuelta con un laudo arbitral.
69. Sobre esta base, cuando se equiparan las controversias nacidas de un TBI con las comerciales se incurre en un error sustantivo, dado que, como se verá, la materia comercial y de inversiones tienen marcadas diferencias confirmadas por la legislación, doctrina y los precedentes jurisprudenciales. El TBI y su cláusula de resolución de disputas incluyen, de forma exclusiva, una controversia de inversión y excluyen, naturalmente, las controversias comerciales.
70. Por otro lado, cuando se equiparan las controversias de TBI con las contractuales se incurre en un error conceptual respecto de la fuente de la que provienen los derechos reclamados en la controversia. Como quedará claro, las controversias de TBI no pueden equipararse con controversias contractuales, puesto que su fuente, no es un contrato. En ese sentido, el TBI y su cláusula de resolución de disputas no incluyen dentro de su ámbito la resolución de disputas contractuales, sino meramente disputas generadas dentro de la aplicación del TBI que tiene una fuente y derecho aplicable distintos.

⁶⁴ Ver *supra* ¶ 14

⁶⁵ Corte Constitucional, Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI, publicado en RO (S) 359 de 10 de enero de 2011.

⁶⁶ La Corte Constitucional no analiza este requisito en el resto de los dictámenes de inconstitucionalidad sobre los TBIs, solo ratifica que las controversias que surgen de aquellos son de índole comercial, sin dar alguna otra explicación. Los dictámenes donde solo se mencionó que las controversias deben ser de carácter comercial son que se refieren a los TBIs suscritos con: Italia, Bolivia, Perú, España, Canadá, Argentina, Venezuela, Países Bajos, Suecia, China, Reino Unido y Finlandia. Por otro lado, los dictámenes donde este requisito no se menciona son los que se refieren a los TBIs suscritos con Chile y Suiza.

⁶⁷ RAE *online*. <http://lema.rae.es/drae2001/srv/search?id=E2YiPABYGDXX2d8AbDag>.

⁶⁸ Existen indicios suficientes para afirmar aquello pues la palabra “controversia” se menciona en el artículo 1 de la Ley de Arbitraje y Mediación, que prescribe su marco de aplicación. En el contexto legal, controversia significa la contraposición de posturas dentro de un proceso hetero compositivo jurisdiccional, como lo son el arbitraje y los juicios ante la justicia ordinaria.

3.3.3.1. LAS CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE LOS TBIS NO ALCANZAN A CONTROVERSIAS COMERCIALES

71. Como se ha referido anteriormente, resulta erróneo establecer que por medio de las cláusulas de resolución de disputas de los TBIs se resuelvan controversias comerciales. Por el contrario, se resuelven únicamente controversias de inversión. Ambas controversias son conceptualmente distintas y excluyentes. La interpretación realizada por la Corte Constitucional a la que nos hemos referido anteriormente⁶⁹ incurre en un error sustantivo al conceptualizar que la materia comercial y de inversiones son iguales o equivalentes. Como será evidente de lo analizado en esta sección, ambas materias son diferentes en su naturaleza y alcance tanto desde una perspectiva local como internacional.
72. Localmente, la legislación ecuatoriana, en el artículo 13 del Código Orgánico de la Producción Comercio e Inversiones (“COPCI”) define inversión como: *“flujo de recursos destinados a producir bienes y servicios, a ampliar la capacidad productiva y a generar fuentes de trabajo en la economía nacional”* o el *“flujo de recursos destinado a incrementar el acervo de capital de la economía, mediante una inversión efectiva en activos productivos que permita ampliar la capacidad productiva futura, generar un mayor nivel de producción de bienes y servicios, o generar nuevas fuentes de trabajo, en los términos que se prevén en el reglamento”*.
73. Por su parte, la materia comercial está regulada por el Código de Comercio. Su artículo 1 prescribe: *“[e]l Código de Comercio rige las obligaciones de los comerciantes en sus operaciones mercantiles, y los actos y contratos de comercio, aunque sean ejecutados por no comerciantes”*. En este sentido, una controversia es comercial cuando se fundamenta en: (i) obligaciones de comerciantes en operaciones mercantiles⁷⁰; (ii) actos de comercio⁷¹; y (iii) contratos de comercio.
74. El Código de Comercio no define exactamente qué debe entenderse por un acto de comercio que daría lugar a una controversia comercial. Por el contrario, el artículo 8 del Código de Comercio trae una lista ejemplificativa de las transacciones que pueden considerarse actos de comercio, como es el caso de la compra o permuta de bienes muebles o establecimientos comerciales, así como también, el transporte de bienes y

⁶⁹ Ver *supra* ¶ 48.

⁷⁰ En complemento, el Art. 2 del Código de Comercio da una lista de quiénes pueden considerarse comerciantes. Asimismo, el Art. 7 define a las actividades mercantiles como “todos los actos u operaciones que implican necesariamente el desarrollo continuado o habitual de una actividad de producción, intercambio de bienes o prestación de servicios en un determinado mercado, ejecutados con sentido económico, aludidos en este Código; así como los actos en los que intervienen empresarios o comerciantes, cuando el propósito con el que intervenga por lo menos uno de los sujetos mencionados sea el de generar un beneficio económico”.

⁷¹ La lista de lo que se entiende por actos de comercio está prevista en el Art. 8 del Código de Comercio.

personas, los contratos de seguro, entre otros. Lo anterior deja ver, al menos, dos importantes diferencias entre lo que es una inversión y una transacción comercial.

75. Por un lado, la transacción comercial responde a fines puramente privados y es inmediatista, es decir, la transacción nace con el perfeccionamiento contractual y muere con su ejecución –como es el caso de la compraventa mercantil de bienes muebles, el contrato de transporte y el contrato de seguros– sin que tenga un fin ulterior como la duración en el tiempo, la ampliación de la capacidad productiva del país y la generación de empleo que son, por el contrario, características que generalmente acompañan a una inversión.
76. Por otro lado, acorde a la legislación ecuatoriana que regula las inversiones, el Estado interviene en uso de sus facultades de *ius imperii* frente a un privado que invierte en el país. Por el contrario, el Estado excepcionalmente participa en transacciones comerciales cuando ejecuta actos de comercio en los que, por su naturaleza, no actúa bajo sus facultades de *ius imperii*. Por el contrario, si el Estado llegase a actuar en una relación comercial, este actuaría bajo sus facultades de *ius gestionis*, en principio, en términos similares a los del privado *i.e.* en una relación sinalagmática entre dos partes.
77. De manera concordante, internacionalmente también se ha diferenciado la materia comercial de la de inversiones. Así, tribunales arbitrales han dejado claras las diferencias entre las controversias de estas materias. Los tribunales arbitrales constituidos al amparo de TBIs, al analizar su competencia para conocer los casos puestos en su conocimiento, han discutido sobre los requisitos que debe cumplir una transacción para ser considerada una inversión. Ello en oposición a una transacción comercial que, por su naturaleza, no está bajo la jurisdicción de tribunales internacionales que conocen disputas bajo los TBIs.
78. Los requisitos típicamente planteados para que un tribunal considere que está frente a una inversión y no ante una mera transacción comercial, sin perjuicio de variar acorde a las reglas aplicables al arbitraje y el alcance del TBI, son similares (en líneas generales) a los referidos anteriormente (bajo derecho doméstico).
79. Así, por ejemplo, en el contexto de la Convención del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (“*CIADI*”), el tribunal arbitral en el caso *Salini c. Marruecos*⁷² consideró que para que una transacción sea considerada una inversión debía incluir generalmente: i) una contribución económica, ii) que tuviera 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 de la inversión. Los muchos tribunales arbitrales durante los veinte últimos años han confirmado y

⁷² *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.

aplicado este criterio⁷³. Aunque este *test* no es aceptado como absoluto en el arbitraje internacional, sí es una referencia para considerar el alcance que puede tener una inversión para los propósitos de este *Amicus Curiae*.

⁷³ Ver, por ejemplo, *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11, Award on Jurisdiction, 30 July 2004 ¶¶ 53-57, *Patrick Mitchell v. The Democratic Republic of Congo*, ICSID Case No. ARB/99/7, Decision on the Application for Annulment of the Award, 1 November 2006 ¶ 27, *Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005 ¶¶ 130-138, *Compagnie d'Exploitation du Chemin de Fer Transgabonais v. Gabonese Republic*, ICSID Case No. ARB/04/5, Excerpts of Decision on Jurisdiction, 19 December 2005 ¶¶ 27-28, *Jan de Nul N.V. and Dredging International N.V. v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/04/13, Decision on Jurisdiction, 16 June 2006, ¶¶ 91-92, *Helnan International Hotels A/S v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/05/19, Decision on Jurisdiction, 17 October 2006 ¶ 77, *Saipem S.p.A. v. People's Republic of Bangladesh*, ICSID Case No. ARB/05/07, Decision on Jurisdiction and Recommendation on Provisional Measures, 21 March 2007 ¶¶ 99 y 111, *Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Government of Malaysia*, ICSID Case No. ARB/05/10, Award on Jurisdiction, 17 May 2007, ¶ 124, *Ioannis Kardassopoulos v. Georgia*, ICSID Case No. ARB/05/18, Decision on Jurisdiction, 6 July 2007 ¶ 116, *Sistem Muhendislik Insaat Sanayi ve Ticaret A.S. v. Kyrgyz Republic*, ICSID Case No. ARB(AF)/06/1, Decision on Jurisdiction, 13 September 2007 ¶¶ 94 y 96, *Noble Energy Inc. and MachalaPower Cía. Ltd. v. Republic of Ecuador and Consejo Nacional de Electricidad*, ICSID Case No. ARB/05/12, Decision on Jurisdiction, 5 March 2008 ¶ 128, *African Holding Company of America, Inc. and Société Africaine de Construction au Congo S.A.R.L. v. Democratic Republic of the Congo*, ICSID Case No. ARB/05/21, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 29 July 2008 ¶ 83, *Phoenix Action, Ltd. v. Czech Republic*, ICSID Case No. ARB/06/5, Award, 15 April 2009 ¶ 114, *Toto Costruzioni Generali S.p.A. v. Lebanese Republic*, ICSID Case No. ARB/07/12, Decision on Jurisdiction, 11 September 2009 ¶¶ 77-81 y 84, *Saba Fakes v. Republic of Turkey*, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010 ¶ 112, *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 16 July 2010 ¶¶ 80-81, *Millicom International Operations B.V. and Sentel GSM S.A. v. Republic of Senegal*, ICSID Case No. ARB/08/20, Decision on Jurisdiction of the Arbitral Tribunal, 16 July 2010 ¶¶ 80-81, *RSM Production Corporation v. Central African Republic*, ICSID Case No. ARB/07/2, Decision on Jurisdiction and Liability (excerpts), 7 December 2010 ¶¶ 48-70, *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay*, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010 ¶¶ 97-108, *M. Meerapfel Sohne AG v. Central African Republic*, ICSID Case No. ARB/07/10, Excerpts of Award, 12 May 2012 ¶ 210, *Ulysseas, Inc. v. Ecuador*, PCA Case No. 2009-19, Final Award, 12 June 2012 ¶ 251, *Grupo Francisco Hernando Contreras S.L. v. Republic of Equatorial Guinea*, ICSID Case No. ARB(AF)/12/2, Award on Jurisdiction, 4 December 2015 ¶¶ 139-140, *Société Civile Immobilière de Gaëta v. Republic of Guinea*, ICSID Case No. ARB/12/36, Award, 21 December 2015 ¶¶ 204-215, *Ickale Insaat Limited Sirketi v. Turkmenistan*, ICSID Case No. ARB/10/24, Award, 8 March 2016 ¶¶ 290-291, *Joseph Houben v. Republic of Burundi*, ICSID Case No. ARB/13/7, Award, 12 January 2016 ¶¶ 112-114, *Capital Financial Holdings Luxembourg S.A. v. Republic of Cameroon*, ICSID Case No. ARB/15/18, Award, 22 June 2017 ¶¶ 418-429, *Karkey Karadeniz Elektrik Uretim A.S. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/13/1, Award, 22 August 2017 ¶¶ 633-636, *Casinos Austria International GmbH and Casinos Austria Aktiengesellschaft v. Argentine Republic*, ICSID Case No. ARB/14/32, Decision on Jurisdiction, 29 June 2018 ¶¶ 187-190, *Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. United Republic of Tanzania II*, ICSID Case No. ARB/15/41, Award of the Tribunal, 11 October 2019 ¶ 213, *Veteran Petroleum Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. 2005-05/AA228, Judgment of Court of Appeal in The Hague II, 18 February 2020 ¶ 5.1.9.4, *Yukos Universal Limited (Isle of Man) v. Russia*, PCA Case No. 2005-04/AA227, Judgment of Court of Appeal in The Hague II, 18 February 2020 ¶ 5.1.9.4, *Hulley Enterprises Limited (Cyprus) v. Russia*, PCA Case No. 2005-03/AA226, Judgment of Court of Appeal in The Hague II, 18 February 2020 ¶ 5.1.9.4, *Raymond Charles Eyre and Montrose*

80. Así, por el contrario, otros tribunales arbitrales han dejado de lado el requisito respecto de la contribución al desarrollo del Estado del *Salini test* estableciendo como requisitos la existencia i) de una contribución, ii) que tenga cierto tiempo de duración, y iii) en la que el inversionista asuma riesgo en la transacción⁷⁴.
81. Finalmente, otros tribunales se han negado a aplicar un *test* objetivo, señalando que la definición de inversión debe realizarse caso por caso⁷⁵.

Developments (Private) Limited v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/16/25, Award, 5 March 2020 ¶¶ 293-294

⁷⁴ LESI, S.p.A. and Astaldi, S.p.A. v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/05/3, Decision, 12 July 2006 ¶¶ 72-75, Víctor Pey Casado and President Allende Foundation v. Republic of Chile I, ICSID Case No. ARB/98/2, Award I, 8 May 2008 ¶ 233, Saba Fakes v. Republic of Turkey, ICSID Case No. ARB/07/20, Award, 14 July 2010 ¶¶ 110 y 121, Quiborax S.A., Non Metallic Minerals S.A. and Allan Fosk Kaplún v. Plurinational State of Bolivia, ICSID Case No. ARB/06/2, Decision on Jurisdiction, 27 September 2012 ¶¶ 219 y 227, Electrabel S.A. v. Republic of Hungary, ICSID Case No. ARB/07/19, Decision on Jurisdiction, Applicable Law and Liability, 30 November 2012 ¶ 5.43, Deutsche Bank AG v. Democratic Socialist Republic of Sri Lanka, ICSID Case No. ARB/09/2, Award, 31 October 2012 ¶ 295, AHS Niger and Menzies Middle East and Africa S.A. v. Republic of Niger, ICSID Case No. ARB/11/11, Decision on Jurisdiction (Excerpts), 13 March 2013 ¶¶ 209-211, KT Asia Investment Group B.V. v. Republic of Kazakhstan, ICSID Case No. ARB/09/8, Award, 17 October 2013 ¶¶ 170-173, Hassan Awdi, Enterprise Business Consultants, Inc. and Alfa El Corporation v. Romania, ICSID Case No. ARB/10/13, Award, 2 March 2015 ¶ 200, OI European Group B.V. v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/11/25, Award, 10 March 2015 ¶ 200, Poštová banka, a.s. and ISTROKAPITAL SE v. Hellenic Republic, ICSID Case No. ARB/13/8, Award, 9 April 2015 ¶¶ 360-371, Bernhard von Pezold and others v. Republic of Zimbabwe, ICSID Case No. ARB/10/15, Award, 28 July 2015 ¶ 285, Lundin Tunisia B. V. v. Republic of Tunisia, ICSID Case No. ARB/12/30, Excerpts of Award, 22 December 2015 ¶¶ 139-140, Vestey Group Ltd v. Bolivarian Republic of Venezuela, ICSID Case No. ARB/06/4, Award, 15 April 2016 ¶ 187 y Krederi Ltd. v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/14/17, Excerpts of Award, 2 July 2018 ¶ 237

⁷⁵ M.C.I. Power Group, L.C. and New Turbine, Inc. v. Republic of Ecuador, ICSID Case No. ARB/03/6, Award, 31 July 2007 ¶ 165, Patrick Mitchell v. Democratic Republic of the Congo, ICSID Case No. ARB/99/3, Excerpts of Award, 9 February 2004 ¶ 56, Consortium Groupement L.E.S.I. - DIPENTA v. People's Democratic Republic of Algeria, ICSID Case No. ARB/03/8, Award, 10 January 2000 parte II ¶ 13, Bayindir Insaat Turizm Ticaret Ve Sanayi A.S. v. Islamic Republic of Pakistan, ICSID Case No. ARB/03/29, Decision on Jurisdiction, 14 November 2005 ¶¶ 131-137, Biwater Gauff (Tanzania) Limited v. United Republic of Tanzania, ICSID Case No. ARB/05/22, Award, 24 July 2008 ¶¶ 312-316, Malaysian Historical Salvors Sdn, Bhd v. Government of Malaysia, ICSID Case No. ARB/05/10, Decision on the Application for Annulment, 16 April 2009 ¶¶ 5-13, Pantechniki S.A. Contractors & Engineers v. Republic of Albania, ICSID Case No. ARB/07/21, Award, 30 July 2009 ¶¶ 36 y 43, Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 March 2010 ¶ 129, Inmaris Perestroika Sailing Maritime Services GmbH and others v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/08/8, Decision on Jurisdiction, 8 March 2010 ¶ 131, Alpha Projektholding GmbH v. Ukraine, ICSID Case No. ARB/07/16, Award, 8 November 2010 ¶¶ 311-312, Abaclat and others (formerly Giovanna a Beccara and others) v. Argentine Republic, ICSID Case No. ARB/07/5, Decision on Jurisdiction and Admissibility, 4 August 2011 ¶ 364, SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Republic of Paraguay, ICSID Case No. ARB/07/29, Decision on Jurisdiction, 12 February 2010 ¶ 93, Philip Morris Brand Sàrl (Switzerland), Philip Morris Products S.A. (Switzerland) and Abal Hermanos S.A. (Uruguay) v. Oriental Republic of Uruguay, ICSID Case No. ARB/10/7, Decision on Jurisdiction, 2 July 2013 ¶¶ 204-206, MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016 ¶ 189, Garanti Koza LLP v. Turkmenistan, ICSID Case No. ARB/11/20, Award, 19 December 2016 ¶¶ 235-242, Standard Chartered Bank (Hong Kong) Limited v. United Republic of Tanzania II, ICSID Case No. ARB/15/41, Award of the Tribunal, 11 October 2019 ¶ 200, Theodoros Adamakopoulos and others v. Republic of Cyprus, ICSID Case No. ARB/15/49, Decision on Jurisdiction, 7 February 2020 ¶ 294

82. Todo lo anterior, deja claro, en cualquier evento, que independientemente del enfoque que hayan tenido los distintos tribunales arbitrales, siempre han trazado líneas diferenciadoras entre una transacción comercial y una de inversión, dejando claro aquellos elementos propios de la última que no concurren en actos meramente comerciales.
83. Al respecto, resulta oportuno traer a colación la ejemplificación que hacen los doctrinarios Doak Bishop, James Crawford y Michael Reisman⁷⁶ al respecto:

Una inversión puede distinguirse de una transacción comercial ordinaria como la compra y venta de mercancías. Una compañía estadounidense que simplemente vende equipo petrolero a un gobierno extranjero no está invirtiendo en el país extranjero, y por lo tanto, una disputa que surja de esta venta no es una disputa de inversión. Es una disputa comercial ordinaria. Pero si la empresa estadounidense firma un contrato de producción compartida con un gobierno extranjero, u obtiene una concesión o licencia de éste, por el cual comprometerá sumas sustanciales de dinero a su propio riesgo durante un período de años para explorar y producir, desde ciertas áreas geográficas dentro del estado anfitrión, petróleo y gas con la expectativa de obtener una ganancia, entonces está invirtiendo en el país anfitrión. Una disputa sobre la venta de equipo petrolero por parte del inversor al gobierno como parte del paquete de inversiones podría considerarse una disputa de inversión. Del mismo modo, dicha venta puede considerarse una controversia sobre la inversión si se deriva de un acuerdo para construir una fábrica para fabricar equipo petrolero en el país anfitrión [traducción libre].

84. Concretamente, en relación con la diferencia entre una disputa comercial y una de inversiones, relacionadas con el arbitraje como método de resolución de disputas, la doctrina ha sido tajante al diferenciarlas, sobre la base de: i) el objeto de las controversias, ii) la relación entre las partes, iii) la naturaleza de las obligaciones en juego, y, iv) la naturaleza y alcance del consentimiento del Estado receptor al arbitraje.

⁷⁶ R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman. (2005). Foreign investment disputes. La Haya: Kluwer Law International. Cita original: “An investment can be distinguished from an ordinary commercial transaction such as a purchase and sale of goods. A U.S. company that merely sells oil equipment to a foreign government is not thereby investing in the foreign country, and therefore, a dispute arising out of this sale is not an investment dispute. It is an ordinary commercial dispute. But if the U.S. company enters into a production sharing contract with, or obtains a concession or license from, a foreign government by which it will commit substantial sums of money at its own risk over a period of years to explore for, and produce from a certain geographical areas within the host state, oil and gas with the expectation of making a profit, then it is investing in the host country. A dispute over the sale of oil equipment by the investor to the government as part of the investment package might be considered an investment dispute. Similarly, such a sale may be considered an investment dispute if it derives from an agreement to construct a factory to manufacture oil equipment within the host country”

85. En relación con el objeto de las controversias, “*a diferencia de las controversias comerciales, el arbitraje basado en tratados de inversiones regularmente involucra cuestiones acerca del alcance y límites del poder regulatorio del Estado receptor, incluyendo, por ejemplo, controversias concernientes a los límites de los poderes de emergencia, la supervisión en materia regulatoria de las compañías de servicios públicos y las tarifas que cobran, el control y prohibición de sustancias dañinas, la protección de bienes culturales, o la implementación de políticas antidiscriminatorias*”⁷⁷ [traducción libre]”.
86. Respecto de la relación entre las partes, el arbitraje de inversión difiere de la relación entre las partes en casos comerciales. Así, mientras que las relaciones comerciales entre los actores privados se caracterizan por la igualdad de las partes, los inversores extranjeros y los Estados receptores están ubicados en una relación jerárquica⁷⁸.
87. Por otro lado, el arbitraje comercial y de inversiones difieren en cuanto a las obligaciones jurídicas y la fuente del derecho de la que éstas se desprenden. Por un lado, las controversias comerciales tienen como fuente generalmente un contrato al que le aplican las disposiciones de la legislación privada comercial local, o, en caso de transacciones comerciales internacionales, las disposiciones mandatorias aplicables (CISG, PECL, entre otros), las escogidas por las partes (*ej.* Principios UNIDROIT) o la costumbre (*lex mercatoria*), todas ellas fuentes de aplicación y origen privado⁷⁹. Por el contrario, a las disputas de inversiones les resultan aplicables las disposiciones del TBI, y, con ellas, el Derecho Internacional Público⁸⁰.
88. Por lo mismo, una controversia en materia de inversiones nunca puede ser comercial y tampoco se puede comparar el arbitraje que se pacta en estas materias con el arbitraje de inversión. Esto pues, con base en lo expuesto:

[e]l arbitraje internacional de inversiones, en especial, bajo el Convenio CIADI, no puede valorarse como una derivación del arbitraje internacional comercial. Antes por el contrario, debe valorarse como un mecanismo de Derecho Público que regula relaciones entre el Estado y los inversionistas⁸¹[traducción libre].

⁷⁷ Stephan W. Schill. *International Investment Law and Public Comparative Law in a Latin American Perspective/Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público comparado en una Perspectiva Latino-Americana* en Attila Tanzi. (2016). *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Leiden: Brill Nijhoff

⁷⁸ *Idem*.

⁷⁹ *Idem*.

⁸⁰ *Idem*.

⁸¹ Hernández, J. *Revista Electrónica de Direito, No 1. de febrero de 2017*. "Regulación económica y arbitraje internacional de inversiones", pp. 9 y 10. La misma postura es apoyada en Brown, C. "Procedure in Investment Treaty arbitration and the relevance of Comparative Public Law", en *International Investment*

89. Finalmente, en relación con la forma en la que las partes consienten la jurisdicción arbitral es distinta en controversias comerciales y de inversión. Por un lado, el consentimiento del Estado receptor al arbitraje en las controversias basadas en TBIs no tiene fundamento en un contrato, sino que involucra una oferta unilateral de un Estado receptor, efectuada en un TBI en forma generalizada y prospectiva, que cualquier inversor cubierto por las disposiciones del tratado puede iniciar el arbitraje⁸².
90. Estas diferencias hacen ver que es imposible asimilar a las controversias comerciales de las de inversión amparadas bajo la regulación y las cláusulas de resolución de disputas de los TBIs.
91. Pero seguramente la muestra más significativa de que las cláusulas de resolución de disputas no abrazan controversias comerciales –dado que el TBI no regula materias comerciales– es que los tribunales arbitrales constituidos bajo el amparo de un TBI han negado su competencia en razón de la materia a reclamos que refieren transacciones comerciales.
92. Así, por ejemplo, en el caso *Koch Minerals c. Venezuela* el Tribunal Arbitral resolvió que un contrato de compraventa de bienes no puede constituir una inversión acorde a las disposiciones aplicables del TBI⁸³.
93. De igual forma, el Tribunal Arbitral en el caso *Nova Scotia Power c. Venezuela*⁸⁴ negó su jurisdicción respecto de una controversia en un contrato comercial de suministro

Law and Comparative Public Law. Oxford University Press, 2010, pp. 659 y ss; y, Wälde, T. “The Specific Nature of Investment Arbitration”, en *Les Aspects Nouveaux Du Droit Des Investissements Internationaux*. Kahn, P y Wälde, T, (eds). Martinus Nijhoff Publishers, 2007, pp. 42 y 76.

⁸² Stephan W. Schill. *International Investment Law and Public Comparative Law in a Latin American Perspective/Derecho Internacional de Inversiones y Derecho Público comparado en una Perspectiva Latino-Americana* en Attila Tanzi. (2016). *International Investment Law in Latin America/Derecho Internacional de las Inversiones en América Latina*. Leiden: Brill Nijhoff

⁸³ *Koch Minerals Sarl and Koch Nitrogen International Sarl v. Bolivarian Republic of Venezuela*, ICSID Case No. ARB/11/19, Award, 30 October 2017 ¶ 6.57: “*The Tribunal accepts the Respondent’s legal submission that a “pure sales contract” cannot, by itself, satisfy the meaning of “investment” in Article 25(1) of the ICSID Convent*”.

⁸⁴ *Nova Scotia Power Incorporated v. Bolivarian Republic of Venezuela II*, ICSID Case No. ARB(AF)/11/1, Excerpts of Award, 30 April 2014 ¶ 82. Cita original: “*Before discussing what these inherent features are and whether they are present here, the Tribunal must deal with two further issues. Firstly, object and purpose: 136 the Claimant has argued that as the purpose of the BIT is to promote and protect investments, the protection of those investments via the dispute resolution mechanisms in the BIT should not be too hastily withdrawn by a narrow reading of “investment.” The Tribunal disagrees with this. The dispute resolution mechanisms provided for under Article XII of the BIT are exceptional. An untenable situation would result were this not so. Neither the definition of investment, nor the BIT, should function as a Midas touch for every commercial operator doing business in a foreign state who finds himself in a dispute. None of the dispute resolution mechanisms provided for in Article XII could bear the over-proliferation of claims that would result from boundless interpretations of the term “investment”*”

dejando claro que la competencia del Tribunal bajo el TBI se circunscribe a disputas de inversiones que no incluyen cualquier transacción comercial que un operador realice en el país. Específicamente, el Tribunal señaló:

Antes de analizar cuáles son estas características inherentes y si están presentes aquí, el tribunal debe ocuparse de dos cuestiones más. En primer lugar, objeto y propósito: el reclamante argumentó que, como el propósito del TBI es promover y proteger las inversiones, la protección de esas inversiones a través de los mecanismos de resolución de disputas en el TBI no debería ser descartada tan rápido por una lectura limitada del término "inversión". El Tribunal no está de acuerdo con esto. Los mecanismos de resolución de disputas previstos en el Artículo XII del TBI son excepcionales. Caso contrario se daría una situación insostenible. Ni la definición de la inversión, ni el BIT, deberían funcionar como un toque de Midas para cada operador comercial haciendo negocios en un estado extranjero que tenga una disputa. Ninguno de los mecanismos de resolución de disputas previstos en el artículo XII podrían soportar la proliferación excesiva de afirmaciones que resultarían de interpretaciones ilimitadas del término "inversión". [traducción libre]

94. Así, también, el Tribunal Arbitral en el caso *MNSS c. Montenegro*⁸⁵ negó su competencia en una disputa relacionada con un contrato comercial de mutuo al considerar que no constituía una inversión que le permita declararse competente en razón de la materia. En este sentido, el Tribunal estableció:

Por lo tanto, a los fines de la Convención, un préstamo en sí mismo no es una inversión. Para ser considerado como una inversión, debe contribuir a un emprendimiento económico que consista en una inversión. Esto ha sido reconocido por la doctrina y la jurisprudencia del CIADI [traducción libre]

95. De igual forma, la doctrina internacional, sobre la base de las diferencias entre disputas de inversión y comerciales, y, considerando que las últimas no se encuentran incluidas dentro del espectro de un TBI, ha confirmado la necesidad de que los tribunales arbitrales limiten su jurisdicción a casos de disputas de inversión.
96. Este es el caso del profesor Muthucumaraswamy Sornarajah, Profesor Emérito de Derecho de la Universidad Nacional de Singapur, quien ha presentado un *amicus curiae*

⁸⁵ MNSS B.V. and Recupero Credito Acciaio N.V. v. Montenegro, ICSID Case No. ARB(AF)/12/8, Award, 4 May 2016, ¶ 196. Cita original: “Thus, for purposes of the Convention, a loan in itself is not an investment. To be considered as an investment, it must contribute to an economic venture consisting of an investment. This has been recognized in the doctrine and in ICSID case law”

dentro de la presente Acción⁸⁶ en el que, sorpresivamente y sin mayor sustento, sugiere que los TBIs abrazan controversias comerciales al señalar:

*El artículo 422 de la Constitución del Ecuador está específicamente dirigida a transferir la competencia judicial a los tribunales arbitrales en el exterior con respecto a “controversias contractuales o de índole comercial”. Los tratados de inversión contemplan controversias contractuales. Las inversiones extranjeras se inician sobre la base de contratos suscritos sea entre partes privadas o sea entre una parte privada y el estado o un ente estatal. **Las controversias también son de índole comercial dado que, respecto a un proyecto, usualmente implican la transferencia de propiedad de recursos naturales o la provisión de servicios.** El hecho que las inversiones impliquen transacciones de largo plazo no afecta su carácter contractual o comercial. El artículo 422, por ende, concede a la Corte Constitucional el poder de prevenir la suscripción de los tratados de inversión [énfasis añadido].*

97. Sin embargo, en su libro *International Law on Foreign Investment*, publicado por Cambridge University Press y al que se refiere en la introducción de su *amicus curiae*, concluye todo lo contrario, y deja claro que las controversias comerciales no se encuentran amparadas bajo el ámbito de un TBI ni de su cláusula de solución de controversias. Tanto es así, que critica a los tribunales arbitrales que han extendido de forma antijurídica la protección a transacciones comerciales. Específicamente, afirma⁸⁷:

Las transacciones financieras son transacciones comerciales y deben resolverse a través de los mecanismos previstos por la legislación nacional. No era la intención de los estados que los tratados de protección de inversiones extranjeras afecten a estas transacciones. No está dentro de la función de los tribunales interpretar los significados en los tratados extendiendo los conceptos más allá de la intención de los estados con el fin de ampliar sus propias facultades. Hacerlo, provocaría el incumplimiento y la consiguiente lesión del sistema que se ha construido. La legitimidad

⁸⁶ Ver Amicus Curiae presentado por el profesor Muthucumaraswamy Sornarajah p. 3

⁸⁷ M. Sornarajah, *The International law on Foreign Investment* Cambridge University Press, 24 ago. 2017, p. 21 Cita original: “Financial transactions are commercial transactions and are settled through mechanisms provided by domestic law. It was not in the contemplation of states that the treaties on foreign investment should affect such transactions. It is not within the function of tribunals to read into treaties meanings that extend concepts beyond what sovereign states had intended so as to enlarge their own roles. To do so over-zealously would invite non-compliance and consequent injury to the system that has been built up. The legitimacy of foreign investment arbitration is increasingly questioned as a result of the expansive interpretation of the provisions of investment treaties”

del arbitraje internacional de inversión se cuestiona cada vez más como resultado de la interpretación extensiva de las disposiciones de los tratados de inversión [énfasis añadido] [traducción libre]

98. Todo lo anterior, deja ver con claridad que, tanto desde una perspectiva jurídica local, como internacional, el ámbito de los TBIs incluyendo sus cláusulas de resolución de disputas no alcanza disputas de naturaleza comercial sino, exclusivamente, de inversión; regidas por el Derecho Internacional Público.

3.3.3.2. LAS CLÁUSULAS DE RESOLUCIÓN DE DISPUTAS DE LOS TBIs NO ALCANZAN A CONTROVERSIAS CONTRACTUALES

99. Como se ha referido anteriormente, resulta una equivocación mayor considerar que las cláusulas de resolución de disputas de un TBI, de forma general, cobijan controversias de tipo contractual. Por el contrario, las disputas contractuales –que pueden ser, también, disputas comerciales– quedan expresamente fuera del ámbito de la aplicación de la cláusula de resolución de disputas de un TBI que está limitada, de forma irrestricta, a disputas generadas bajo el propio TBI.

100. Para dejar clara esta conclusión, es importante poner de relieve las tres diferencias trascendentales entre una disputa contractual y una disputa de inversión bajo un TBI, a saber: i) la fuente de la que provienen las disputas, ii) el derecho aplicable y iii) la responsabilidad que se invoca.

101. De manera preliminar, aunque resulte obvio, un TBI no es un contrato. Por el contrario, se trata de dos instrumentos jurídicos distintos. Esa es justamente la primera diferencia que, aunque parece evidente, es importante notarla.

102. Por un lado, las disputas contractuales tienen como fuente jurídica un contrato⁸⁸; mientras que las disputas de inversión de un TBI tienen su origen en un tratado internacional.

103. Lo anterior no es una mera diferencia nominativa pues, cada una de esas fuentes lleva consigo la aplicación de un régimen jurídico diferente. Así, al respecto, el jurista Alberto Wray citado por la Corte Constitucional⁸⁹, refiriéndose al artículo 422 de la Constitución establece que: “*b) que el mencionado artículo no se refiere a controversias derivadas de un tratado internacional, sino a controversias derivadas de las controversias contractuales*”.

104. Esto nos lleva a la segunda diferencia que hemos propuesto.

⁸⁸ Guillermo Ospina y Eduardo Ospina. Teoría General del Contrato y del Negocio Jurídico. Bogotá: Temis, 2014, pp. 536-539.

⁸⁹ Corte Constitucional. Dictamen No. 040-10-DTI-CC, publicado en RO (S) 331 de 30 de noviembre de 2010.

105.El contrato, por una parte, se encuentra regulado –además de por sus propias disposiciones–, sustantivamente, por cuerpos normativos de derecho local, público o privado, que, a su vez, establecen normas de aplicación respecto de su perfeccionamiento, ejecución y terminación. En el caso ecuatoriano, estos cuerpos normativos son, generalmente, el Código Civil⁹⁰, el Código de Comercio –en cuyo caso serían contractuales y, además, comerciales–, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre otros.

106.Por su parte, en el TBI, por su carácter de instrumento internacional como se refirió anteriormente⁹¹, el derecho aplicable es, de forma específica, el Derecho Internacional de las Inversiones.

107.Al respecto, Eric Brabandere⁹², director del Centro Grotius para el estudio legal internacional y profesor de la universidad de Leiden, en los Países Bajos, dice:

La caracterización del arbitraje en los tratados de inversión está estrechamente relacionada con la base y la función del Derecho Internacional de Inversiones. No cabe duda de que hoy este no se ocupa principal o únicamente de la relación contractual privada entre el inversor extranjero y el Estado anfitrión, sino que se basa principalmente en principios fundamentales derivados del Derecho Internacional de los Tratados y, en menor medida, en la costumbre internacional y los principios generales del Derecho [traducción libre] [énfasis añadido].

108.Diferente a cualquier norma de derecho doméstico, el Derecho Internacional Público regula las relaciones entre Estados, en ejercicio de su soberanía. De este modo, las obligaciones que se contraen en un tratado son de carácter internacional⁹³. Así, una controversia con base en la materia de inversiones tiene su fundamento en las fuentes del Derecho Internacional; sobre todo, si el reclamo se realiza con base en un TBI.

109.Lo anterior corrobora, entonces, que la naturaleza de las controversias contractuales y las de inversión de un TBI es diametralmente distinta. Las primeras son controversias de Derecho doméstico, mientras que, las segundas, de Derecho Internacional.

⁹⁰ Código Civil, Art. 1454.

⁹¹ Ver *supra* ¶ 71

⁹² De Brabandere, E. *Investment Treaty Arbitration as Public International Law*. Reino Unido: Cambridge University Press, 2014, p.17.

⁹³ Una de ellas son los Tratados, que generalmente son TBIs. Sornarajah, M. *The International Law on Foreign Investment*. Tercera Edición. New York: Cambridge University Press, 2010, p. 79.

110. Al respecto cabe nuevamente referirse a lo que señala el profesor Muthucumaraswamy Sornarajah, quien en el *amicus curiae* dentro de la presente Acción⁹⁴ sin mayor fundamento, sugiere que

La legislación aplicable a las transacciones de inversión extranjera es la legislación nacional del Ecuador, en cuyo territorio la transacción se lleva a cabo. El tratado de inversión intenta trasladar la ley al ámbito internacional. Esto desplaza la ley del Ecuador y obra en detrimento de los intereses del Ecuador. La aplicación de la legislación internacional por parte de un tribunal externo a una transacción inherentemente ecuatoriana con relación a los recursos naturales ecuatorianos es una afrenta a la soberanía del Ecuador. Un creciente número de estudios demuestra que no hay mérito en el planteamiento de que los tratados de inversión promueven el flujo de inversiones extranjeras.

111. Sin embargo, contradictoriamente, en su libro *International Law on Foreign Investment* deja claro que las controversias de inversión de un TBI deben resolverse de forma especial recurriendo al Derecho Internacional de las Inversiones. Tanto es así, que critica expresamente a los tribunales arbitrales que han analizado las controversias de inversión bajo un TBI desde una perspectiva local y comercial:

*La creación de nuevos temas dentro del derecho internacional debe abordarse con cautela, ya que se acusa que estos se estudian sin ningún fundamento en la disciplina principal del derecho internacional. Esta es una crítica legítima. **Una cara desafortunada de esta área de la ley es que muchos laudos emitidos por tribunales arbitrales en el área no tienen fundamento en el derecho internacional y abordan los problemas desde una perspectiva completamente comercial, sin tener en cuenta los elementos de derecho público en las disputas o el derecho internacional público.** La especialización, dentro del derecho internacional, ayuda a mejorar el derecho. Además, a menudo en los tiempos modernos, la ley debe explicarse a las personas que pueden no tener la inclinación de estudiar toda el área del derecho internacional. El hecho es que las áreas del derecho internacional están floreciendo tan rápidamente que no pueden ser abordadas por un generalista con suficiente profundidad. Existe la necesidad de trabajos especializados, bien fundamentados en los principios básicos del derecho internacional. Como se indicó en la nota anterior, hay estudios sobre*

⁹⁴ Ver Amicus Curiae presentado por el profesor Muthucumaraswamy Sornarajah

aspectos más especializados de esta área del derecho internacional
[traducción libre] [énfasis añadido]⁹⁵.

112. Es de hecho este segundo y fundamentado criterio el que ha tomado la doctrina diferenciando irrestrictamente a las controversias contractuales y comerciales.

113. Así, por ejemplo, el profesor Pierre Mayer señala que las controversias contractuales son aquellas que reclaman los inversionistas sobre la base de un contrato que han firmado con el Estado receptor u otra entidad estatal dependiendo del Estado al que le aplica el derecho doméstico de ese Estado; mientras que las controversias de inversión tienen como base un tratado celebrado entre el Estado del que el inversionista es parte y el Estado receptor de la inversión en el que se obligan internacionalmente a protección recíproca de sus inversionistas y al que aplica el Derecho Internacional Público⁹⁶.

114. De la misma forma, la primera sala de la Corte Civil Suiza⁹⁷, en una acción de nulidad de laudo, refiriendo a varios doctrinarios diferenció las disputas de inversión de un TBI en los siguientes términos:

Los tratados de protección de inversiones ya sean bilaterales o multilaterales, contienen compromisos sustantivos asumidos por los estados sobre la base del derecho internacional general, como el requisito de trato justo y equitativo, la prohibición de medidas

⁹⁵ M. Sornarajah, *The International law on Foreign Investment* Cambridge University Press, 24 ago. 2017, p. 17 Cita original: “*The creation of new subjects within international law must be addressed with caution, as the charge is made that these are studied without any foundation in the major discipline of international law. This is a legitimate criticism. An unfortunate face to this area of the law is that many arbitrators who have made awards in the area have no grounding in international law and approach issues from an entirely commercial perspective, without regard to the public law elements in the disputes or to the public international law doctrines that may apply. Specialisation, within international law, helps to enhance the law. Also, often in modern times, the law has to be explained to persons who may not have the inclination to study the whole area of international law. The fact is that the areas of international law are burgeoning so rapidly that they cannot be addressed by a generalist with sufficient depth. There is a need for specialist works, well grounded in basic principles of international law. As indicated in the previous footnote, there are studies on more specialised aspects of this area of international law*”.

⁹⁶ Pierre Mayer, *Contract claim et clauses juridictionnelles des traits relatifs à la protection des investissements*, Journal du Droit International, 2009, p. 71

⁹⁷ Sala Primera de la Corte Civil de Suiza, Caso N. 4A_34/2015 1, sentencia del 6 de octubre de 2015. Cita original: “*Investment protection treaties, whether bilateral or multilateral, contain substantive commitments taken over from the previous practice of international jurisdictions in general international law, such as the requirement of fair and equitable treatment, the prohibition of discriminatory measures, or the prohibition of expropriations and nationalizations without compensation. Such treaties mainly contain a jurisdiction clause pursuant to which each state agrees in advance to the benefit of investors that are nationals of the other state or of the other states who invest on its territory, that the dispute concerning the investment shall be raised by the investor against the state before an independent arbitral tribunal (...) To the contrary, the contract claims are outside the scope of the investment treaty protection and its jurisdiction clauses. They belong in the national courts of the host state or, if the investment contract contains an arbitration clause, in the arbitral tribunal designated by this clause.*

discriminatorias o la prohibición de expropiaciones y nacionalizaciones sin compensación. Dichos tratados contienen, principalmente, una cláusula de jurisdicción, conforme la cual cada estado acuerda de antemano, en beneficio de los inversores que son nacionales del otro estado o de los otros estados que invierten en su territorio, que la disputa sobre la inversión y las obligaciones internacionales del tratado será planteada por el inversionista contra el estado ante un tribunal arbitral independiente

[...]

Por el contrario, las controversias contractuales están fuera del alcance de la protección del tratado de inversión y sus cláusulas de jurisdicción. Pertenecen a los tribunales nacionales del estado anfitrión o, si el contrato de inversión contiene una cláusula de arbitraje, al tribunal arbitral designado por esta cláusula [traducción libre].

115. Pero, seguramente, el argumento que deja sin dudas que, en general, los TBIs no abrazan controversias contractuales es que los tribunales arbitrales constituidos al amparo de un TBI se han negado a resolver disputas meramente contractuales, sobre la base de que su ámbito se refiere únicamente a controversias de inversión amparadas en el TBI bajo el Derecho Internacional, excluyendo, necesariamente, a controversias contractuales reguladas por Derecho doméstico, que deben resolverse acorde a los métodos de resolución de disputas establecidos en el contrato regido por el Derecho local.

116. En ese sentido, el Tribunal Arbitral en el caso *Link-Trading c. Moldova* declinó su competencia respecto de una controversia en la que el actor pretendía que el tribunal determine el incumplimiento de obligaciones contractuales al considerar que esos contratos creaban relaciones reguladas bajo el Derecho Civil doméstico que debían ser resueltas acorde a los mecanismos de resolución de disputas establecidos en ellos. El Tribunal⁹⁸, expresamente, señaló:

Ha habido algunas referencias en los argumentos de las partes a los contratos celebrados por el Demandante con las autoridades de la ZEE con respecto a la inversión propuesta. Sin embargo, el reclamante no ha formulado un reclamo basado en el incumplimiento de ninguno de dichos contratos. Además, como ya se señaló en el Laudo sobre Jurisdicción, este Tribunal no es competente para determinar si las

⁹⁸ Link-Trading Joint Stock Company v. Republic of Moldova, UNCITRAL, Final Award, 18 April 2002 ¶ 61 Cita original: “There have been some references in the arguments of the parties to contracts concluded by Claimant with authorities in the FEZ with respect to the proposed investment. Claimant has not, however, formulated a claim based upon breach of any of said contracts. Moreover, as has already been noted in the Award on Jurisdiction, this Tribunal is not competent to determine whether the contractual provisions have been respected by the parties thereto, since said contracts create civil law relations and are governed by their own specific arbitration agreements between the parties thereto”.

partes han respetado las disposiciones contractuales, ya que dichos contratos crean relaciones de derecho civil y están regidos por los propios acuerdos de arbitraje específicos entre las partes [traducción libre].

117. Así, también, el Tribunal Arbitral en *SGS c. Pakistán* consideró que, pese a la amplia redacción del convenio arbitral, el TBI únicamente cubría disputas relacionadas con la violación de los estándares de protección de inversión establecidos en su texto, mientras que las disputas contractuales estaban reguladas por el Derecho local y debían resolverse acorde a la cláusula arbitral contractual. Específicamente, el Tribunal estableció⁹⁹:

En otras palabras, solo desde esa descripción, sin más, no creemos que tanto las reclamaciones bajo el TBI, como reclamos puramente contractuales están destinados a ser cubiertos por el Artículo 9 [...] Por lo tanto, no vemos nada en el Artículo 9 ni en ninguna otra disposición del TBI que pueda interpretarse como que confiera jurisdicción a este Tribunal sobre reclamos que se basan ex hypothesi exclusivamente en el contrato [...] Concluimos que el Tribunal no tiene jurisdicción con respecto a reclamaciones presentadas por SGS sobre la base de presuntas infracciones del Acuerdo PSI que tampoco constituyen ni equivalen a incumplimientos de los estándares sustantivos del TBI [traducción libre]

118. De la misma forma, en el caso *Joy Mining c. Egipto* el Tribunal Arbitral constituido bajo el amparo de un TBI se enfrentó con una controversia relacionada con un contrato de garantía bancaria. Al respecto, fue claro al señalar que no tendría competencia para resolver esa disputa puesto que se trataba de una controversia eminentemente comercial y contractual, no amparada bajo el espectro del TBI y su cláusula de resolución de disputas. Así, señaló¹⁰⁰:

⁹⁹ *SGS Société Générale de Surveillance S.A. v. Islamic Republic of Pakistan*, ICSID Case No. ARB/01/13. Decision on Objections to Jurisdiction ¶¶ 160-162 Cita original: “*In other words, from that description alone, without more, we believe that no implication necessarily arises that both BIT and purely contract claims are intended to be covered by the Contracting Parties in Article 9 [...] Thus, we do not see anything in Article 9 or in any other provision of the BIT that can be read as vesting this Tribunal with jurisdiction over claims resting ex hypothesi exclusively on contract [...] We conclude that the Tribunal has no jurisdiction with respect to claims submitted by SGS and based on alleged breaches of the PSI Agreement which do not also constitute or amount to breaches of the substantive standards of the BIT.*”

¹⁰⁰ *Joy Mining Machinery Limited v. Arab Republic of Egypt*, ICSID Case No. ARB/03/11. Award on Jurisdiction ¶ 79 Cita original: “*Disputes about the release of bank guarantees are a common occurrence in many jurisdictions and the fact that a State agency might be a party to the Contract involving a commercial transaction of this kind does not change its nature. It is still a commercial and contractual dispute to be settled as agreed to in the Contract, including the resort to arbitration if and when available. It is not transformed into an investment or an investment dispute*”

Las disputas sobre la liberación de garantías bancarias son una ocurrencia común en muchas jurisdicciones y el hecho de que una agencia estatal sea parte del Contrato que involucra transacciones comerciales de este tipo, no cambia su naturaleza. Sigue siendo una disputa comercial contractual que se resolverá según lo acordado en el contrato, incluido el recurso a arbitraje si está disponible, y cuando esté disponible. Mas no se transforma en una inversión o una disputa de inversión [traducción libre].

119. Finalmente, la tercera gran -y tal vez la más relevante- diferencia es el tipo de responsabilidad que se invoca. Frente al incumplimiento de un negocio jurídico se invoca responsabilidad contractual que estará regida por las reglas del derecho doméstico sobre responsabilidad civil contractual. Cuando nos enfrentamos a una disputa dentro del ámbito del Derecho Internacional de las Inversiones, estamos invocando la responsabilidad internacional del Estado por el posible cometimiento de un ilícito internacional. Este tipo de responsabilidad -ej. su atribución, reglas de determinación, eximentes, reparación, etc.- está regulada por las normas de Derecho Internacional Público, particularmente aquellas pertenecientes a la costumbre internacional. Esta diferencia no es menor, pues, por ejemplo, la responsabilidad internacional de un Estado puede justificar que otro Estado adopte una medida de retorsión -como la suspensión de un derecho comercial-. Esta situación no es posible si estamos ante una mera responsabilidad contractual de carácter doméstico.

120. Para concluir, cabe anotar que la Corte Constitucional en un dictamen reciente¹⁰¹ en el que analizó si el recientemente firmado “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa de Brasil” era de aquellos tratados internacionales que, acorde al artículo 419 de la Constitución, requería de ratificación por parte de la Asamblea Nacional, realizó una acertada diferenciación entre la materia comercial y la de inversiones y concluyó que el mencionado acuerdo, muy similar a los TBIs, no involucraba obligaciones de índole comercial para el Ecuador al establecer:

*16. Por otro lado, no se evidencia que las disposiciones del Acuerdo comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio (Art. 419.6). Al respecto, cabe acotar que el Acuerdo tiene como objetivo fomentar la inversión entre los Estados parte, a través de disposiciones que conceden ciertos derechos y garantías por parte del estado receptor de la inversión a favor de los inversionistas de la otra parte. Como todo instrumento internacional de promoción de inversiones, el Acuerdo busca fomentar la exportación de capitales y la inversión extranjera al otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros. Esto no deriva en la creación de obligaciones tendientes a la integración entre los Estados parte. **Tampoco se verifica que el***

¹⁰¹ Corte Constitucional, Dictamen No. 034-19-TI/19 emitido el 4 de diciembre de 2019

acuerdo derive en la creación de obligaciones de índole comercial para el país. (énfasis añadido)

121. Por lo tanto, y sobre la base de lo anterior resulta evidente: i) que las controversias contractuales y de inversión bajo un TBI son distintas puesto que a las primeras les rige el Derecho local, y a las segundas el Derecho Internacional, y ii) que la cláusula de resolución de disputas no alcanza generalmente a disputas “contractuales” o de “índole comercial”.

3.3.4. ALCANCE CONCEPTUAL DEL TEXTO “ENTRE EL ESTADO Y PERSONAS JURÍDICAS PRIVADAS”

122. Las cláusulas de resolución de disputas en un tratado internacional podrían, en general, establecer diversos métodos tales como mediación, arbitraje o procedimientos ordinarios locales para la resolución de disputas en el marco de ese tratado. A su vez, estas cláusulas de resolución de disputas podrían ser aplicables para disputas: i) entre los dos Estados signatarios, ii) entre el Estado firmante y los privados nacionales del mismo Estado u otro Estado signatario, y iii) entre los privados nacionales de los Estados signatarios.

123. El primero es el caso de la Carta de las Naciones Unidas que creó la Corte Internacional de Justicia para la resolución de ilícitos internacionales cometidos por un Estado en contra de otro; el Acuerdo para la creación de la Organización Mundial del Comercio que tiene su propio mecanismo de resolución de controversias en el ámbito del Derecho Internacional de Comercio, entre otros. Este también es el caso de los propios TBIs, que establecen cláusulas de resolución de disputas en arbitraje para controversias que surjan entre los Estados contratantes respecto de las disposiciones y obligaciones del TBI¹⁰².

124. El segundo es el caso de tratados internacionales que establezca la posibilidad de resolver disputas entre un Estado contratante y los nacionales (personas naturales o jurídicas) del mismo o de otro Estado contratante. Típicamente, en este tipo de tratados los Estados signatarios han acordado otorgar o reconocer garantías específicas a los nacionales de los otros Estados que son parte del tratado. Un ejemplo de ello son los tratados relativos a la protección de derechos humanos, tales como la Convención Americana sobre Derechos Humanos¹⁰³. Bajo este tratado, el nacional de un Estado puede acudir al mecanismo de

¹⁰² *Ver, por ejemplo*, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Artículo X (“Controversias de interpretación del Convenio entre las Partes Contratantes. 1. Cualquier controversia entre las Partes Contratantes referente a la interpretación o aplicación del presente Convenio será resuelta, hasta donde sea posible, por los Gobiernos entre las dos Partes Contratantes. 2. Si la controversia no pudiera resolverse de ese modo en el plazo de seis meses desde el inicio de las negociaciones, será sometida, a petición de cualquiera de las dos Partes Contratantes, a un Tribunal de Arbitraje.”)

¹⁰³ Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Artículo 1(1) (“Los Estados Partes en esta Convención se comprometen a respetar los derechos y libertades reconocidos en ella y a garantizar su libre y pleno ejercicio a toda persona que esté sujeta a su jurisdicción, sin discriminación alguna por motivos de

resolución de disputas (Comisión Interamericana de Derechos Humanos y Corte Interamericana de Derechos Humanos) para obtener protección de sus derechos¹⁰⁴. La responsabilidad (internacional) por la violación de los derechos reconocidos y/o garantizados en el tratado, la tiene el Estado.

125. Un ejemplo de ello también son los TBIs que, además de incorporar cláusulas de resolución de controversias que surjan entre los Estados signatarios, incorporan cláusulas de resolución de controversias que puedan surgir entre un inversionista (*i.e.* un nacional de uno de los Estados signatarios, en contra del otro estado signatario)¹⁰⁵.
126. El tercero supuesto teórico (pues no se han identificado casos específicos) es el caso de un tratado de internacional en el que los Estados contratantes decidan pactar una cláusula específica de resolución de disputas entre nacionales de ambos Estados, como podría ser el caso de un instrumento internacional por el que dos Estados decidan establecer que las disputas relacionadas con contratos de compraventa de mercaderías entre nacionales (personas naturales o jurídicas) de ambos Estados sean resueltas mediante arbitraje administrado por la Corte Internacional de Arbitraje de la Cámara de Comercio Internacional.
127. En conclusión, la prohibición del artículo 422 de la Constitución se refiere a cláusulas de arbitraje establecidas en tratados o instrumentos internacionales para controversias entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas, es decir, al segundo caso antes referido y no podría alcanzar a los otros dos supuestos mencionados anteriormente. Esto, sin embargo, no es suficiente para concluir erróneamente que los TBIs están prohibidos por el artículo 422 de la Constitución, pues además deben verificarse (*quad non*) los demás requisitos allí establecidos.

raza, color, sexo, idioma, religión, opiniones políticas o de cualquier otra índole, origen nacional o social, posición económica, nacimiento o cualquier otra condición social.”)

¹⁰⁴ Convención Americana de Derechos Humanos, 1969, Artículo 33 (Estableciendo la competencia de la Comisión y la Corte Interamericana de Derechos Humanos “para conocer de los asuntos relacionados con el cumplimiento de los compromisos contraídos por los Estados”); *Id.*, Artículo 44 (“Cualquier persona o grupo de personas, o entidad no gubernamental legalmente reconocida en uno o más Estados miembros de la Organización, puede presentar a la Comisión peticiones que contengan denuncias o quejas de violación de esta Convención por un Estado parte.”)

¹⁰⁵ *Ver, por ejemplo*, Acuerdo para la Promoción y Protección Recíproca de Inversiones entre el Reino de España y la República del Ecuador, 26 de junio de 1996, Artículo XI (“Controversias entre una Parte Contratante e Inversionistas de la otra Parte Contratante. 1. Toda controversia relativa a las inversiones que surja entre una de las Partes Contratantes y un inversionista de la otra Parte Contratante respecto a cuestiones reguladas por el presente Acuerdo será notificada por escrito, incluyendo una información detallada, por el inversionista a la Parte Contratante receptora de la inversión. En la medida de lo posible tratarán de arreglar estas diferencias mediante un acuerdo amistoso. 2. Si la controversia no pudiera ser resuelta de esta forma en un plazo de seis meses a contar desde la fecha de notificación escrita mencionada en el párrafo 1, será sometida a elección del inversionista: Al Tribunal de Arbitraje “ad hoc” establecido por el Reglamento de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Comercial Internacional, o Al Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI) [...]”)

128. Sin perjuicio de lo anterior, y solo para ahondar en lo antijurídico de los dictámenes emitidos por la Corte Constitucional por los que se declaró la inconstitucionalidad de varios TBIs firmados por la República del Ecuador, es necesario notar que, al menos uno de ellos, el celebrado con Suiza, ni siquiera establecía una cláusula de resolución de disputas que brindaban la posibilidad a los inversionistas (personas naturales o jurídicas) de someter las disputas con el Estado ecuatoriano respecto de dichos TBIs a arbitraje, pues la limitaba, exclusivamente, a disputas entre los Estados contratantes.

129. Así, el artículo 7 del TBI Suiza- Ecuador, expresamente establecía:

Si surge una disputa entre las Altas Partes Contratantes sobre la interpretación o ejecución de las disposiciones de este Acuerdo que no pueda ser resuelta dentro de seis meses de manera satisfactoria por el canal diplomático, esta disputa se presentará, a solicitud de cualquiera Partes, a un tribunal arbitral compuesto por tres miembros. Cada parte designará un árbitro. Los dos árbitros designados designarán un tercer árbitro (árbitro) que debe ser nacional de un tercer Estado.

Si una de las Partes no ha designado a su árbitro y no ha actuado en la invitación de la otra Parte para proceder dentro de dos meses a este nombramiento, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia, a solicitud de esta última Parte, lo designará.

Si los dos árbitros no pueden ponerse de acuerdo, dentro de los dos meses de su

nombramiento, a elección de un tercer árbitro (árbitro), este último será designado, en la solicitud de una de las Partes, por el Presidente de la Corte Internacional de Justicia.

Si, en los casos previstos en los párrafos 2 y 3 de este artículo, el Presidente de la Corte Internacional de Justicia está impedido o si es nacional de una de las Partes, los nombramientos serán realizados por el Vicepresidente. Si se impide esto último o si es nacional de una de las Partes, el miembro más antiguo de la Corte que no sea nacional de ninguna de las Partes hará el nombramiento.

A menos que las Partes dispongan lo contrario, el tribunal determinará su propio procedimiento.

Las decisiones del tribunal son obligatorias para las partes [traducción libre]

130. Sin perjuicio de lo anterior a través del Dictamen 040-10-DTI-CC¹⁰⁶ la Corte Constitucional del Ecuador declaró la inconstitucionalidad del TBI Suiza – Ecuador por considerarlo contrario a lo establecido en el artículo 422 de la Constitución. Esto da cuenta de que la Corte Constitucional no realizó un análisis de constitucionalidad serio.

¹⁰⁶ Ver Corte Constitucional, Dictamen No. 040-10-DTI-CC, Caso No. 0012-10-TI, 11 de noviembre de 2010

131. De este modo, y, a manera de conclusión, el texto de la norma permite la celebración de TBIs en los que se pacte arbitraje como método de resolución de disputas, pues este pacto no implica “*cesión de jurisdicción soberana*” y sus controversias no versan sobre materia contractual o comercial.

132. En consecuencia, como se verá en la siguiente sección, lo que prohíbe el artículo 422 que la República del Ecuador celebre un tratado internacional con otro u otros Estados en el que se obligue el Estado ecuatoriano a acudir a arbitraje en controversias: (i) con los ciudadanos de estos Estados (ii) respecto de una relación contractual o comercial regida por legislación doméstica.

3.3.5. *EFFET UTILE*: EL ARTÍCULO 422(1) PROHÍBE LA CELEBRACIÓN DE UNA CATEGORÍA ESPECÍFICA DE TRATADOS INTERNACIONALES (I.E. TRATADOS DONDE DISPUTAS RELATIVAS A CUESTIONES DOMÉSTICAS SE SOMETAN A ARBITRAJE INTERNACIONAL)

133. Si bien, como se ha señalado, el artículo 422(1) no prohíbe la celebración de tratados internacionales que incorporen arbitraje internacional para resolver disputas relativas al Derecho Internacional Público (incluyendo TBIs), el propósito de este *Amicus Curiae* es encontrar un sentido útil para la aplicación del mencionado artículo, como mandan los métodos de interpretación constitucional¹⁰⁷.

134. Como se mencionó en secciones anteriores, es claro que la intención del Constituyente era la de establecer una prohibición. Tal prohibición es, sin embargo, limitada, de escasa aplicabilidad, y debe entenderse en función del análisis literal de la norma que se presentó en la sección anterior. El estándar para la aplicación del artículo 422(1) es alto y se deben verificar todos los elementos cumulativos allí contenidos para que la prohibición se gatille y surta plenos efectos jurídicos. El primero de estos requisitos es el de la “*cesión de jurisdicción soberana*” (*i.e.* inmunidad soberana).

135. Ya se ha visto que el concepto de inmunidad soberana es solo relevante en el plano doméstico y no al nivel de las obligaciones de Derecho Internacional Público, donde no existe tal inmunidad. Siendo así, es razonable concluir que el artículo en cuestión prohíbe una categoría de tratados internacionales muy específica, en donde el tratado someta de manera obligatoria la resolución de disputas relativas a cuestiones domésticas (distintas al Derecho Internacional) a resolución de arbitraje internacional.

136. Es ahí donde cobra relevancia el concepto de inmunidad soberana *i.e.* en el plano local, y, con él la prohibición del artículo 422(1). Es decir, cuando la fuente de derecho que

¹⁰⁷ Ver artículo 427 de la Constitución de la República del Ecuador y artículo 3 de la LOGJCC.

gobierna la disputa es una fuente distinta al Derecho Internacional Público. Se trata de una disputa que existe y se desarrolla en el plano del Derecho doméstico (sea cual sea el derecho local aplicable). Típicamente, este tipo de disputas se resolverían en cortes locales. Se incurriría en la prohibición si, por ejemplo, el Ecuador firmase un tratado con otro Estado en donde establezca que “toda controversia en materia de contratación pública entre un Estado parte y un individuo nacional del otro Estado parte será resuelta por arbitraje internacional, renunciado los Estado a que sus cortes ejerzan jurisdicción sobre esta disputa”.

137. Es en ese contexto en el que se tiene que entender la prohibición contenida en el artículo 422(1) de la Constitución. Esto es, como una limitación a la potestad de renunciar a la inmunidad soberana relativa a disputas en el ámbito local, a través de un tratado internacional. Como se explicó, tratados internacionales donde se sometan disputas de Derecho Internacional no son alcanzadas por la prohibición, mucho menos aun contratos que tengan elementos extranjeros y estén regulados por Derecho doméstico¹⁰⁸. Lo que estaría prohibido por el primer requisito del artículo 422(1) es un tratado muy específico que:

- a. Regule disputas de Derecho local en materia contractual o comercial;
- b. Las disputas de derecho local sean entre el Estado y un tercero (parte privada como se verá más adelante);
- c. El tratado internacional contenga una cláusula arbitral para como método de resolución de las disputas de derecho local;
- d. El arbitraje pactado sea de naturaleza internacional;
- e. Y haya renuncia a la jurisdicción de las cortes nacionales.

138. Solo así se cumpliría con las disposiciones contenidas en el artículo 422(1) de la Constitución.

3.3.6. EL ESTADO SÍ PUEDE CELEBRAR TRATADOS PROHIBIDOS POR EL ARTÍCULO 422(1) SIEMPRE QUE SE VERIFIQUE LA EXCEPCIÓN CONTENIDA EN EL ARTÍCULO 422(2)

139. Hasta el momento se ha establecido que la prohibición del artículo 422(1) de la Constitución es limitada y estricta. La prohibición alcanza únicamente a: a) tratados internacionales en el que se pacte arbitraje internacional; b) para resolver disputas, en el ámbito doméstico (no disputas de Derecho Internacional), que sean contractuales o de índole comercial; y, c) que dichas disputas sean entre el Estado y partes privadas. Únicamente cuando se reúnan dichos requisitos, cabe la prohibición. De todos modos, esta prohibición, que es la regla general, admite una excepción.

¹⁰⁸ Ver *supra* ¶ 129

140. Dicha excepción está contemplada en el inciso segundo del artículo 422. El artículo 422(2) establece lo siguiente:

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 [énfasis añadido].

141. En primer lugar, cabe notar que la excepción se contempla en relación con “*tratados e instrumentos internacionales*”. Ello corresponde al mismo lenguaje utilizado en el primer inciso del artículo 422, lo que indica que el resto de la excepción también debe interpretarse a la luz de la prohibición contenida en el primer artículo. Esto es justamente porque se trata de una excepción que, para que tenga coherencia jurídica, debe interpretarse conjunta y sistemáticamente con la regla general/prohibición.

142. Segundo, si lo que está prohibido es pactar arbitraje internacional que resuelva disputas contractuales y comerciales entre el “*Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”, es natural entender que el texto de la excepción (*i.e.* “*entre Estados y ciudadanos*”) también tiene el mismo alcance, incorporando tanto a personas naturales como jurídicas (partes privadas).

143. En tercer lugar, el constituyente utiliza la expresión “*en Latinoamérica*”. Es jurídicamente acertado entender que lo que buscaba el Constituyente era lograr que las disputas arbitrales tengan una conexión con la región latinoamericana. Esto es comprobado por los propios actos del Estado ecuatoriano.

144. Desde el 2008, el Estado ha adoptado una práctica de aprobación de cláusulas arbitrales por parte de la Procuraduría General del Estado en donde la sede del arbitraje ha sido un país Latinoamericano. Generalmente, la sede elegida por el Estado ecuatoriano ha sido la chilena. Desde el 2008, se han aprobado cláusulas arbitrales cuya sede es Chile. Así, la expresión “*en Latinoamérica*” ha sido interpretada sin mayor desarrollo, como la sede del arbitraje que se ha pactado en el tratado internacional para resolver disputas entre el Estado y los “*ciudadanos*” (personas naturales y jurídicas).

145. En este sentido, la excepción contemplada en el artículo 422(2) admite que se celebren tratados o instrumentos internacionales en los que se pacte arbitraje internacional para resolver disputas contractuales o comerciales entre el Estado y personas naturales y jurídicas siempre que exista una conexión con un país latinoamericano.

146. Contemplada esta excepción, el lenguaje del artículo 422(2) abre dos subhipótesis, a saber, que el arbitraje sea resuelto: a) “*por instancias arbitrales regionales*”, b) “*por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios*”. Existen dos tipos de

arbitraje reconocidos por la legislación ecuatoriana: el arbitraje administrado y el arbitraje *ad-hoc*¹⁰⁹. Mientras que el arbitraje administrado es aquel que se lleva a cabo ante un centro de arbitraje formalmente constituido, el arbitraje *ad-hoc* es aquel que es enteramente manejado por un tribunal arbitral designado por las partes, sin que exista un centro de arbitraje que administre el proceso arbitral. Es el propio tribunal arbitral designado por las partes quien lo administra.

147. Sobre esta base, la expresión “*por instancias arbitrales regionales*” corresponde a arbitraje administrado y la expresión “*por órganos jurisdiccionales de designación por los países signatarios*”, correspondería a arbitraje *ad-hoc*. En ambos casos, debe existir una conexión con un país Latinoamericano.

148. Para recapitular, aún en el caso propuesto en la sección anterior -un tratado que esté prohibido por el artículo 422(1) de la Constitución- este sería válido si dijese, por ejemplo, lo siguiente: “toda controversia en materia contractual entre un Estado parte y un individuo nacional del otro Estado parte que sea latinoamericano será resuelta por arbitraje internacional *ad-hoc* o por un centro regional, renunciado los Estado a que sus cortes ejerzan jurisdicción sobre esta disputa”.

149. Finalmente, el texto de la última oración del Artículo 422(2) es impreciso y oscuro: “[n]o podrán intervenir jueces del Estado que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia”.

150. El texto debe interpretarse en el contexto del Artículo 422(1)-(2) (arbitraje internacional) brindando un efecto útil a la disposición en su contexto. Así, es razonable interpretar que el texto se refiere a la idoneidad de los árbitros que pueden actuar dentro de los procesos arbitrales que se enmarcarían dentro del artículo 422(2).

151. De esta forma, personas que tienen el cargo de jueces en las jurisdicciones respectivas de las partes signatarias del tratado internacional no podrían actuar como árbitros en un arbitraje internacional donde el Estado del cual actúan “como tales” (*i.e.* como jueces) es una parte procesal del arbitraje internacional. Así, un juez chileno no podrá actuar como árbitro en un arbitraje internacional donde el Estado chileno actúa como demandado.

152. Así mismo, un nacional del Estado que es parte del arbitraje tampoco podría actuar como árbitro, justamente porque existiría un nexo –precisamente la nacionalidad– entre el árbitro y una de las Partes del arbitraje (el Estado). Así, un nacional ecuatoriano no podría ser árbitro en una disputa en la que el Estado Ecuatoriano actúa como demandado o demandante. De la misma forma un nacional del lugar de “*ciudadanía*” de la persona natural o jurídica con quien el Estado tiene la controversia contractual o comercial no podrá fungir como árbitro para la resolución de dicha controversia.

¹⁰⁹ Ley de Arbitraje y Mediación, Artículo 2 (“El arbitraje es administrado cuando se desarrolla con sujeción a esta Ley y a las normas y procedimientos expedidos por un centro de arbitraje, y es independiente cuando se realiza conforme a lo que las partes pacten, con arreglo a esta Ley.”)

3.4. EL TEXTO CONSTITUCIONAL EN SU INTEGRIDAD DENOTA QUE EL ARTÍCULO 422 NO PROHÍBE LA CELEBRACIÓN DE TBIS EN LOS QUE SE PACTE ARBITRAJE: INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA

153. Como se señaló anteriormente, el segundo de los métodos de interpretación de la norma constitucional que prevé el artículo 427 de la Constitución es el sistemático. A continuación, se demostrará que, realizando un análisis sistemático de la Constitución, se ratifica la interpretación exegética respecto de la prohibición del artículo 422 de la Constitución, y su respectiva excepción, que se desarrollaron en la sección anterior de este *Amicus Curiae*.
154. El método de interpretación sistemático implica que se coteje la interpretación literal de la prohibición del artículo 422 con las demás normas de la Constitución. En este método, “*las normas jurídicas deberán ser interpretadas a partir del contexto general del texto normativo, para lograr entre todas las disposiciones la debida coexistencia, correspondencia y armonía*”¹¹⁰.
155. Las afirmaciones para cotejarse con el resto del texto constitucional, y que resumen las conclusiones a las que se llegó con la interpretación exegética del artículo 422 de la Constitución, son: i) que no se puede “*ceder jurisdicción soberana*” en el contexto del Derecho Internacional Público, por lo que la disposición no aplica a los TBIs; ii) que las controversias de índole contractual y comercial son conceptualmente diferentes a las controversias en materia de inversión; y iii) que la prohibición a que se acuda a arbitraje con empresas privadas no se refiere a los arbitrajes que surgen de los TBIs; y iv) que la excepción del inciso segundo del referido artículo ratifica la posibilidad de obligar al Estado ecuatoriano a acudir a arbitraje con privados, a través de tratados internacionales, cuando exista una conexión con Latinoamérica.
156. En *primer lugar*, como se ha referido anteriormente¹¹¹, no se puede “*ceder jurisdicción soberana*” dentro de tratados internacionales en los que se estipulen obligaciones entre dos o más Estados, por ser relaciones reguladas por el Derecho Internacional Público. La cesión de jurisdicción soberana se podría referir únicamente a que el Estado ecuatoriano sea juzgado bajo una legislación doméstica diferente a la suya por las cortes de otro Estado. Esto, debido a que el escenario en el que se conviene un foro en un tratado internacional sea este o no arbitraje, implica el ejercicio de la soberanía estatal, no su limitación o cesión. La soberanía es el ejercicio de la potestad pública con independencia respecto de los demás Estados. Esta se evidencia, en su máxima expresión, a través de la suscripción de instrumentos internacionales en los que el Estado se obliga con otros Estados, pues un país soberano es aquél que puede obligarse internacionalmente.

¹¹⁰ LOGJCC, numeral quinto del Art. 3.

¹¹¹ Ver *supra* § 4.3.1.2.2

157.El artículo 1 de la Constitución expresamente proclama al Ecuador como: “*un Estado constitucional de derechos y justicia, social, democrático, soberano, independiente, unitario, intercultural, plurinacional y laico* (énfasis añadido)”. En el ejercicio de la soberanía Estatal, el Ecuador puede suscribir tratados internacionales. Es por ello que el artículo 425 de la Constitución, que recoge la jerarquía normativa del ordenamiento jurídico, prevé que los tratados internacionales son parte del orden normativo, y que sus disposiciones son de jerarquía mayor a las leyes orgánicas, e incluso son supraconstitucionales en materia de Derechos Humanos. Es decir, la Constitución acepta que el ejercicio de la soberanía Estatal se ejerce a través de la suscripción de tratados internacionales, los cuales, una vez celebrados, forman parte de su ordenamiento jurídico.

158.Incluso, la Constitución prevé normas para el cumplimiento de tratados internacionales. El artículo 147 manda que el Presidente de la República debe: “*1. Cumplir y hacer cumplir la Constitución, las leyes, los tratados internacionales y las demás normas jurídicas dentro del ámbito de su competencia* (énfasis añadido)”. Asimismo, en el numeral 9 del Art. 416 de la Constitución se “[r]econoce al derecho internacional como norma de conducta”.

159.Con base en lo anterior, también se debe tener en cuenta el alcance del reconocimiento que hace la Constitución al Derecho Internacional. El hecho que se acepte al Derecho Internacional en la Constitución también es una ratificación de las obligaciones internacionales que tenía la República del Ecuador en el momento que se dictó la Constitución con otros Estados y organismos internacionales, incluyendo los TBIs que ya había suscrito.

160.Sobre la base del texto constitucional en su integridad, como se señaló anteriormente, la conclusión más plausible es que la nomenclatura “*ceda jurisdicción soberana*”, que se usa en la prohibición del artículo 422 de la Constitución, se refiere a escenarios en los que se lleva al Ecuador a un foro extranjero, judicial o arbitral, sin que medie una obligación de Derecho Internacional Público de por medio, es decir cuando el derecho sustantivo aplicable sea doméstico. De este modo, esta no alcanza a los TBIs.

161.En *segundo lugar*, la Constitución también maneja la diferencia conceptual respecto de lo que se entiende por controversia de inversión, contractual y comercial; y, el hecho de que sus naturalezas son diferentes, tal como se explicó anteriormente¹¹².

162.En ese sentido, por ejemplo, el artículo 416 las trata como dos materias abiertamente distintas de prioridad dentro de las relaciones internacionales. Así establece:

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: [...] 12.

¹¹² Ver *supra* § 4.3.1.3

*Fomenta un nuevo **sistema de comercio e inversión** entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados [énfasis añadido]*

163. Por otro lado, el artículo 339 de la Constitución establece:

El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras [...] La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados.

164. Para cumplir las finalidades del referido artículo, la Constitución prevé en otras normas que, por ejemplo, las entidades financieras deben ayudar a fortalecer la inversión; que las empresas públicas deben destinar sus excedentes a inversión; y, que el ahorro también será una forma de inversión. Ninguno de estos escenarios se refiere a una relación comercial ni contractual. Están pensados para una inversión entendida como una operación económica, con una duración específica, riesgo y apoyo al desarrollo.

165. El artículo 308 de la Constitución establece: “[...] *Las actividades financieras intermediarán de forma eficiente los recursos captados para fortalecer la inversión productiva nacional, y el consumo social y ambientalmente responsable*”. Por otro lado, el artículo 315 prevé que en las empresas públicas: “[...] [l]os excedentes podrán destinarse a la inversión y reinversión en las mismas empresas o sus subsidiarias, relacionadas o asociadas, de carácter público, en niveles que garanticen su desarrollo [...]” Finalmente, el artículo 338 prescribe: [e]l Estado promoverá y protegerá el ahorro interno como fuente de inversión productiva en el país”.

166. Asimismo, la Constitución maneja el concepto de comercial como transacción de un bien o servicio; y no lo equipara al de inversión. Por ejemplo, el artículo 421 manda que la provisión de medicinas no se podrá limitar por los instrumentos internacionales que regulan a las transacciones, como la Convención de Naciones Unidas sobre la Compraventa Internacional de Mercaderías. Su texto dice: “*La aplicación de los instrumentos comerciales internacionales no menoscabará, directa o indirectamente, el derecho a la salud, el acceso a medicamentos, insumos, servicios, ni los avances científicos y tecnológicos*”.

167. De este modo, la interpretación sobre las diferencias entre la materia de inversiones y las materias comercial y contractual es consecuente con el resto de las disposiciones constitucionales, lo que permite la aplicación integral de la Constitución.
168. En *tercer lugar*, la prohibición de controversias dirimidas por la vía arbitral en la que una parte sea el Estado y la otra sea un privado no es aplicable en general a los TBIs, principalmente, porque aunque muchos de ellos establecen cláusulas de resolución de disputas inversionista-Estado, no se cumple con los supuestos previos –ceder jurisdicción soberana, ni ser una controversia contractual o comercial– establecidos en el artículo 422 de la Constitución.
169. De todas formas, cabe anotar, como se lo ha hecho anteriormente, que tanto el ordenamiento jurídico ecuatoriano¹¹³ como la propia excepción establecida en el artículo 422(2) reconocen al arbitraje internacional como un método para resolver las disputas contractuales del Estado.
170. Finalmente, la interpretación que se realizó respecto de la excepción establecida en el inciso segundo del artículo 422 de la Constitución es consistente con el resto de las normas constitucionales. Esta consiste en que, el Estado ecuatoriano sí podría suscribir tratados internacionales en los que se otorgue el beneficio de que los ciudadanos, sean personas naturales o jurídicas, zanjen sus disputas contractuales o comerciales con el Ecuador siempre y cuando la sede del arbitraje se encuentre en Latinoamérica.
171. Este ánimo de integración supranacional en relación con el arbitraje guarda relación con los valores de la Constitución. Así, por ejemplo, el artículo 423 de la Constitución manda:

“La integración, en especial con los países de Latinoamérica y el Caribe será un objetivo estratégico del Estado. En todas las instancias y procesos de integración, el Estado ecuatoriano se comprometerá a:

1. Impulsar la integración económica, equitativa, solidaria y complementaria; la unidad productiva, financiera y monetaria; la adopción de una política económica internacional común; el fomento de políticas de compensación para superar las asimetrías regionales; y el comercio regional, con énfasis en bienes de alto valor agregado.

[...]

3. Fortalecer la armonización de las legislaciones nacionales con énfasis en los derechos y regímenes laboral, migratorio, fronterizo, ambiental, social, educativo, cultural y de salud pública, de acuerdo con los principios de progresividad y de no regresividad. [...]

5. Propiciar la creación de la ciudadanía latinoamericana y caribeña; la libre circulación de las personas en la región; la implementación de políticas que garanticen los derechos humanos de las poblaciones de

¹¹³ Ver *supra* ¶ 129

frontera y de los refugiados; y la protección común de los latinoamericanos y caribeños en los países de tránsito y destino migratorio. [...]

7. Favorecer la consolidación de organizaciones de carácter supranacional conformadas por Estados de América Latina y del Caribe, así como la suscripción de tratados y otros instrumentos internacionales de integración regional. [...]"

172. Asimismo, el artículo 276 prevé:

“El régimen de desarrollo tendrá los siguientes objetivos:

[...] 5. Garantizar la soberanía nacional, promover la integración latinoamericana e impulsar una inserción estratégica en el contexto internacional, que contribuya a la paz y a un sistema democrático y equitativo mundial.”

173. Por lo mismo, en miras a la integración de la región, el Ecuador podría incluso celebrar tratados para que las disputas que tenga con privados respecto de sus relaciones contractuales o comerciales puedan ser resueltas mediante arbitraje, algo generalmente prohibido por el primer inciso del artículo 422 de la Constitución, pero permitido cuando la sede del arbitraje es Latinoamericana. Sin embargo, como ha quedado claro de este *Amicus Curiae*, aquella disposición no tiene ninguna relación con la posibilidad de celebrar TBIs. Al contrario, sugiere que la finalidad del Estado ecuatoriano debe ser celebrar tratados en material comercial y contractual en los que se prefiera al arbitraje con sede Latinoamericana como método de resolución de disputas.

3.5. UN ANÁLISIS VOLITIVO DE LA CONSTITUCIÓN DEJA VER QUE EL ARTÍCULO 422 NO PROHÍBE LA CELEBRACIÓN DE TBIS EN LOS QUE SE PACTE ARBITRAJE: LA INTERPRETACIÓN VOLITIVA

174. Otro de los métodos de interpretación de la norma constitucional que prevé el artículo 427 de la Constitución es el volitivo. Sin embargo, cabe anotar que, acorde al propio texto constitucional, este método es de carácter supletorio, toda vez que solo aplicará en casos en los que el método exegético y sistemático dejen dudas respecto al alcance de las disposiciones contractuales. Al respecto, como se ha mencionado, el artículo 427 de la Constitución que se replica en el artículo 3 de la LOGJCC, establece:

*Las normas constitucionales se interpretarán por el **tenor literal** que más se ajuste a la **Constitución en su integralidad**. En caso de duda, se interpretarán en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos y que mejor respete **la voluntad del constituyente**, y de*

*acuerdo con los principios generales de la interpretación constitucional [énfasis añadido]*¹¹⁴.

175. En ese sentido, como es evidente, solo deberá acudirse al método volitivo en caso de dudas respecto del resultado que arrojen las interpretaciones exegética y sistemática. En ese sentido, en caso de recurrir a este método, deberá referirse a la voluntad del constituyente para determinar el alcance de la literalidad del texto. Lo anterior, excluye, como es natural, que, so pretexto de recurrir a la voluntad del constituyente, se pretenda otorgar a las palabras contenidas en la norma un significado distinto al común.
176. Con esta aclaración, cabe anotar que cuando se recurre a la interpretación volitiva deben considerarse dos pasos. El primero es la revisión de las Actas de la Asamblea Constituyente, para analizar el debate que tuvieron los asambleístas respecto del tema que se interpreta. El segundo es cotejar las opiniones dadas dentro del referido debate con el texto constitucional que fue su producto final.
177. Sobre esta base cabe anotar que, conforme se ha analizado en este *Amicus Curiae*, la interpretación exegética propuesta se compeadece con la Constitución en su contexto, por lo que no sería necesario recurrir a la interpretación volitiva.
178. Sin embargo, para efectos de análisis, a continuación se demostrará que, incluso realizando un análisis volitivo de la Constitución, se ratifica la interpretación exegética respecto de la prohibición del artículo 422 de la Constitución, que se desarrolló anteriormente en este *Amicus Curiae*.
179. Al respecto, varios *amicus curiae* presentados dentro de esta acción, sugieren, apuntando al artículo 422 de la Constitución que era la intención del constituyente al redactarlo prohibir la celebración de los TBIs.
180. Uno de ellos es el presentado por el Expresidente de la Asamblea Constituyente de Montecristi en el que, sin mayores argumentos técnicos, se pretende sostener esta teoría, y elevarla al carácter de “voluntad del constituyente” sobre la base de las opiniones que de aquellos que, acorde al *amicus curiae*: “*asumimos el reto de elaborar una Constitución que garantice el objetivo construir de una sociedad democrática construida a partir de la vigencia plena de los Derechos Humanos y los Derechos de la Naturaleza*”¹¹⁵.

¹¹⁴ Esto es ratificado por el Art. 3 de la LOGJCC que manda: “Las normas constitucionales se interpretarán en el sentido que más se ajuste a la Constitución en su integridad, en caso de duda, se interpretará en el sentido que más favorezca a la plena vigencia de los derechos reconocidos en la Constitución y que mejor respete la voluntad del constituyente”.

¹¹⁵ Ver *amicus curiae* de Alberto Acosta Espinosa, p. 4

181. Lo anterior, es simplemente una falacia de autoridad¹¹⁶. Esto, por cuanto las opiniones de uno u otro asambleísta no pueden ser equiparadas a la del Constituyente, que es el cuerpo colegiado que creó la Constitución, sin importar el cargo que estos hayan ocupado en la Asamblea Constituyente.
182. Pero, de hecho, las referencias que en relación con las Actas de la Asamblea Constituyente realiza el señor Acosta en su *amicus curiae*, lejos de sostener su posición, la contradicen completamente y reafirman la interpretación exegética propuesta en este *Amicus Curiae*.
183. Así, en el *amicus curiae* presentado por Alberto Acosta Espinosa se citan dos intervenciones que se realizaron luego de que se presentó a la Asamblea el texto del actual artículo 422 de la Constitución. A pesar de que el referido *amicus* trata a ambas intervenciones como si apoyasen a la misma postura, que parecería ser el rechazo a la suscripción de TBIs, en realidad, como se señaló, ambas son completamente consistente con la interpretación exegética realizada anteriormente. El *amicus curiae*¹¹⁷ señala:

Así en la Asamblea Nacional Constituyente, cuando se presentó el informe de mayoría de la redacción del articulado Constitucional referido a tratados e instrumentos internacionales de la Mesa 9: Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana (no en la Mesa 8: Justicia y Lucha Anticorrupción), el día 1 de abril del 2008, como consta en las páginas 133 y 134 del Acta 038 (Esta discusión en extenso se encuentra en dicha acta desde la página 57 a la página 178), se expresó lo siguiente:

*"El Artículo 8 (del informe de mayoría, que corresponde al 422 de la Constitución de Montecristi) recoge una aspiración de gran respaldo nacional, consecuencia de los abusos que han deteriorado la soberanía jurídica del Ecuador. **En forma expresa, dicha norma prescribe que no se podrá celebrar convenios o tratados internacionales que obliguen al Estado ecuatoriano a ceder jurisdicción a instancias de arbitraje internacional en materia contractual o comercial.** Históricamente en el Ecuador se han suscrito tratados que se han considerado como lesivos para los intereses del país, por cuanto trasladan la jurisdicción y competencia en caso de **controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje,***

¹¹⁶ Ver, Kevin Saunders, *Informal Fallacies in Legal Argumentation* pp. 353-354. "El *argumentum ad vericundiam* es un recurso a la autoridad (...) Sin embargo, en un argumento puramente racional, la apelación a la autoridad debería tener menos peso. Por ejemplo, una referencia a la posición de un filósofo célebre es difícilmente determinante en el debate filosófico, aunque la alusión introduce las opiniones de un individuo que ha pasado algún tiempo pensando sobre el tema" (traducción libre).

¹¹⁷ Ver *amicus curiae* de Alberto Acosta Espinosa, p. 4

en los que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial" [énfasis añadido].

184. Dicho *amicus curiae*¹¹⁸, también, añade:

Vale la pena destacar el pronunciamiento en esa sesión de la Asamblea de la asambleísta Alexandra Ocles, actualmente Secretaria de Gestión de Riesgos, que -ver en la página 138 del Acta 038- expresó con claridad que "el objetivo de este artículo es rechazar el arbitraje entre el Estado y personas del derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales [énfasis añadido].

185. Las dos intervenciones antes referidas dejan claro, por un lado, que a los “*tratados o instrumentos internacionales*” que incluyen cláusulas de arbitraje a los que se refiere el artículo 422 son exclusivamente a aquellos que rigen en materia comercial y contractual que no es el caso de los TBIs que, como se revisó en este *Amicus Curiae*¹¹⁹ a materia de inversión generando, consecuentemente, disputas de inversión regidas por el Derecho Internacional Público.

186. Por otro lado, en la primera intervención citada se afirma que en estas controversias “los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial”, lo cual no sucede en materia de inversiones. Como se refirió en este *Amicus Curiae*¹²⁰, los TBIs crean obligaciones internacionales entre Estados, para la protección de sus nacionales en territorios extranjeros. Se regulan siempre bajo el Derecho Internacional Público que, por su naturaleza, no regula relaciones jurídicas internacionales entre privados –que sería el caso del derecho doméstico– sino únicamente entre Estados, por lo que, contrario a lo señalado, el Estado jamás “*es puesto al mismo nivel que una compañía comercial*”. Por el contrario, esta aseveración confirma lo referido previamente en este *Amicus Curiae*¹²¹, esto es, que los tratados a los que se refiere el artículo 422 de la Constitución son aquellos que establecen arbitraje como método de resolución de disputas contractuales o comerciales en las que el Estado, por no actuar en la esfera y con sus facultades de *ius imperii* sino, más bien, acorde a sus facultades de *ius gestionis* es, de cierta forma, equiparado jurídicamente al privado con el que contrata.

187. Finalmente, la intervención de la Asambleísta Ocles es consistente con el lenguaje del actual artículo 422 de la Constitución y la interpretación exegética referida en este *Amicus Curiae*. La Asambleísta afirmó categóricamente que el artículo *no se refiere a las*

¹¹⁸ Ver *amicus curiae* de Alberto Acosta Espinosa, pp. 4-5

¹¹⁹ Ver *supra* § 4.3.1.3

¹²⁰ Ver *supra* § 4.3.1.2

¹²¹ Ver *supra* ¶ 133

relaciones nacidas en el Derecho Internacional Público, pues no prohíbe “las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales”, incluyendo sus derivaciones, entre las que se encuentra el arbitraje de inversiones basado en un TBI.

188. Es evidente, entonces, que incluso si se recurre al método de interpretación volitivo, este es consistente con la interpretación exegética realizada en este *Amicus Curiae* respecto de la prohibición del artículo 422 de la Constitución, en virtud del que se concluye que no resulta aplicable a los TBIs.

189. De este modo, la Corte Constitucional deberá separarse de su criterio anterior, aceptando que el Estado suscriba TBIs con otros Estados.

3.6. LA MAYORÍA DE *AMICUS CURIAE* PRESENTADOS EN ESTA ACCIÓN SE REFIEREN A DISCUSIONES SOBRE LA CONVENIENCIA O NO DEL ARBITRAJE DE INVERSIONES Y NO BRINDAN CRITERIOS DE INTERPRETACIÓN CONSTITUCIONAL RESPECTO DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

190. Aunque lo anterior es suficiente para determinar que la Constitución en su integralidad valida la interpretación exegética realizada en este *Amicus Curiae*, es su intención también referirse de manera breve, por no ser un tema jurídico de interpretación constitucional –que es la esencia de este proceso– a las múltiples aseveraciones que se realizan en los distintos *amicus curiae* presentados en esta acción y referidos en los antecedentes, tendientes a sugerir que la naturaleza de un TBI y sus cláusulas de resolución de disputas, en sí mismas, es contraria a los valores que respecto del desarrollo productivo establece la Constitución, esto por “favorecer” a las “corporaciones transnacionales”.

191. Esta posición es aunada por otros *amicus curiae* presentados –principalmente por exmiembros de la extinta CAITISA– dentro de esta Acción que, difícilmente, se centran en una discusión jurídico-constitucional respecto de la interpretación del artículo 422, enfocándose, más bien, en críticas al sistema de resolución de disputas inversionista-Estado que, aunque académicamente puedan resultar de interés, nada tienen que ver con el fondo de discusión de esta acción, razón por la cual este *Amicus Curiae* los deja de lado.

192. En relación con la posición referida, el artículo 304 de la Constitución prevé que se deben: “[...] 2. Regular, promover y ejecutar las acciones correspondientes para impulsar la inserción estratégica del país en la economía mundial [...]”.

193. Concordantemente con la norma anterior, el artículo 416 de la Constitución establece:

Art. 416.- Las relaciones del Ecuador con la comunidad internacional responderán a los intereses del pueblo ecuatoriano, al que le rendirán cuenta sus responsables y ejecutores, y en consecuencia: [...] 12.

Fomenta un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados que se sustente en la justicia, la solidaridad, la complementariedad, la creación de mecanismos de control internacional a las corporaciones multinacionales y el establecimiento de un sistema financiero internacional, justo, transparente y equitativo. Rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados [énfasis añadido].

194. Contrario, a las ideas sugeridas por los *amicus curiae* a los que nos hemos referido, la celebración de los TBIs, incluidas sus cláusulas de resolución de disputas mediante arbitraje, asegura el cumplimiento de los propósitos referidos en el citado artículo 416(12).
195. En relación con la directriz en torno a que en las relaciones internacionales es importante fomentar esfuerzos para la creación de un sistema de inversiones en el que se pueda controlar a las corporaciones multinacionales, es importante notar que la celebración de los TBIs ciertamente cumple con dicho fin.
196. En ese sentido, si bien los TBIs generan beneficios y protecciones con el fin de atraer inversión directa extranjera, sirven, asimismo, como mecanismos de control para dichos inversionistas.
197. De hecho, por ejemplo, muchos TBIs contienen la llamada “*denial of benefits clause*” que tiene como fin principal, negar los beneficios y protecciones a inversionistas extranjeros cuando estos no cumplen con ciertos requisitos mínimos establecidos por el Estado receptor de la inversión. El caso más común de una cláusula de denegación de beneficios es el que ocurre cuando se demuestra que un inversionista se ha beneficiado indebidamente de la protección de un TBI al constituir, por ejemplo, una compañía “casarón” en uno de los Estados firmantes de un tratado con el único fin de ser considerado inversionista “extranjero” y acceder a las protecciones de dicho tratado pese a no tener dicha calidad¹²².
198. Al respecto, el 25 de septiembre de 2019, la República del Ecuador firmó un TBI con la República Federativa de Brasil que contiene una cláusula de denegación de beneficios¹²³, y, adicionalmente ha establecido obligaciones a cumplir por parte de los inversionistas en el desarrollo de la inversión en los ámbitos de: i) lucha contra la corrupción¹²⁴, ii) medio

¹²² Loukas Mistelis y Crina Baltag, ‘*Denial of Benefits’ Clause in Investment Treaty Arbitration* Queen Mary School of Law Legal Studies Research Paper No. 293/2018

¹²³ Ver artículo 15 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

¹²⁴ Ver artículo 16 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

ambiente¹²⁵, iii) asuntos laborales¹²⁶, iv) derechos humanos¹²⁷, v) salud¹²⁸, y, vi) desarrollo sustentable¹²⁹.

199. Adicionalmente, el Ecuador es testigo de que los tribunales arbitrales en los casos *Burlington c. Ecuador*¹³⁰ y *Perenco c. Ecuador*¹³¹ aceptaron conocer las reconvenciones del Estado y condenaron a los inversionistas a la compensación por los daños medioambientales generados durante el desarrollo de la inversión (indemnizaciones que el Estado logró a través del arbitraje internacional).

200. Es evidente, entonces, que los TBIs cumplen con las directrices constitucionales en torno a crear un sistema de inversión que permita un control respecto de los inversionistas extranjeros.

201. Por otro lado, en relación con la última proposición del numeral 12 del artículo 416 de la Constitución y en la que el Estado: “[r]echaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados”, cabe anotar lo siguiente.

202. En primer lugar, que el artículo 190 de la Constitución expresamente acepta el arbitraje como método de resolución de controversias. Este, manda: “[s]e 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”.

203. Por otro lado, como se ha señalado¹³² los TBIs evitan “que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados”. Esto, por cuanto, en caso de incumplimiento del tratado es el inversionista -como individuo. el que puede reclamar dicho incumplimiento directamente al Estado, por lo que no existe una controversia entre Estados.

¹²⁵ Ver artículo 17 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

¹²⁶ Ver artículo 17 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

¹²⁷ Ver artículo 17 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

¹²⁸ Ver artículo 17 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

¹²⁹ Ver artículo 14 del Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa Del Brasil y la República Del Ecuador

¹³⁰ *Burlington Resources Inc. v. Republic of Ecuador*, ICSID Case No. ARB/08/5 (formerly *Burlington Resources Inc. and others v. Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*), Decision on Ecuador’s Counterclaims, 7 February 2017.

¹³¹ *Perenco Ecuador Ltd. v. The Republic of Ecuador and Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (Petroecuador)*, Award, 27 September 2019.

¹³² Ver *supra* § 4.3.1.4

204. De hecho, el nacimiento de los TBIs tuvo justamente como fin principal evitar que las controversias entre inversionistas y Estados se vuelvan controversias entre Estados puesto que, antes de su creación, la única forma que tenían los inversionistas para reclamar frente a incumplimientos de un Estado respecto de su inversión era recurrir a la llamada “protección diplomática” para que su Estado promoviera en su representación la reclamación al Estado incumplidor¹³³.

205. En ese sentido, es evidente que la existencia de TBIs, además de promover un sistema de control hacia los inversionistas, evita que las controversias al respecto se vuelvan una controversia entre Estados.

3.7. LA CORTE CONSTITUCIONAL DEBE APARTARSE DEL CRITERIO POR EL QUE CONSIDERÓ QUE LOS TBIs SON INCOMPATIBLES CON EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

206. Desde la promulgación de la Constitución, el máximo órgano de justicia constitucional pasó a ser la Corte Constitucional, sucesora del Tribunal Constitucional, que aplicaba e interpretaba la Constitución de 1998. También, se constitucionalizó el actual sistema de precedentes jurisprudenciales obligatorios en materia constitucional. Al respecto, el artículo 436(6) de la Constitución establece lo siguiente:

“La Corte Constitucional ejercerá, además de las que le confiera la ley, las siguientes atribuciones: [...] 6. Expedir sentencias que constituyan jurisprudencia vinculante respecto de las acciones de protección, cumplimiento, hábeas corpus, hábeas data, acceso a la información pública y demás procesos constitucionales, así como los casos seleccionados por la Corte para su revisión” (énfasis añadido).

207. El hecho que la Constitución prevea la existencia de jurisprudencia vinculante trae consigo la aplicación directa de la regla del *stare decisis*, respecto de la cual la Corte Constitucional ha explicado:

*“Es esencial en un Estado de derechos y justicia el respeto a la regla del *stare decisis*, la cual vincula la decisión pasada a la resolución futura, en aras de garantizar la igualdad en la aplicación del ordenamiento jurídico, la seguridad jurídica y la tutela efectiva de los derechos”*.¹³⁴

208. Ahora bien, que la Corte Constitucional deba mantener una línea de jurisprudencia estable en el tiempo no quiere decir que no pueda alejarse de un precedente erróneo. Esto pues la

¹³³ Ben Juratowitch, *The Relationship between Diplomatic Protection and Investment Treaties* ICSID Review - Foreign Investment Law Journal, Volumen 23, Issue 1, Spring 2008, pp. 10–35

¹³⁴ Sentencia No. 040-14-SEP-CC dictada dentro del Caso No. 1127-13-EP y publicada en RO (S) 230 de 22 de abril de 2014.

facultad constitucional de dictar jurisprudencia vinculante permite la posibilidad de romper el *stare decisis* en un punto de derecho determinado.

209. Esta regla fue aplicada incluso antes de la vigencia de la actual Constitución. El Tribunal Constitucional afirmó que el *stare decisis* no puede ser utilizado como una justificación para que el órgano de interpretación constitucional siga cometiendo un error reiterado en sus decisiones. En sus palabras:

*“si bien es verdad que en virtud del principio stare decisis, las magistraturas en principio deben someterse a sus propios fallos, pues en caso contrario se podría vulnerar el principio de seguridad jurídica; ese sometimiento, bajo ningún concepto, puede prolongarse indefinidamente; ya que no debemos olvidar que el Tribunal Constitucional está para resguardar la integridad de la Constitución, no para sostener sus propios fallos, peor para reiterar errores, lo cual, es doblemente censurable, o volver a incurrir en ellos conscientemente. Un fallo se dicta por razones jurídicas y no por razones de conveniencia, tanto más que, en aquel se restringió el análisis constitucional, no fue lo suficientemente motivado; de ahí que, rever un fallo de estas características le está perfectamente atribuido a un Tribunal de la jerarquía del Constitucional.”*¹³⁵

210. Así como sucedía con el Tribunal Constitucional, la Corte Constitucional se ha alejado de sus decisiones previas respecto a normas orgánicas de la Constitución, pues su primer criterio había sido errado. Por ejemplo, esta Corte se alejó de su Dictamen No. 001-14-DRC-CC, en el que calificó como constitucionales las reformas realizadas a la Constitución en el año 2015, entre las que se incluyó la reelección indefinida. La Sentencia No. 018-18-SIN-CC, que se emitió el 1 de agosto de 2018, declaró como inconstitucionales dichas reformas. Ello debido a que la primera interpretación respecto de su procedencia había sido un error que debía ser corregido.

211. En materia de arbitraje, la actual Corte Constitucional también se ha apartado de decisiones previas. Por ejemplo, en la sentencia 0323-13-EP-19, estableció:

“Sin embargo, este Organismo se aparta de este criterio por cuanto este atenta contra la taxatividad que tienen las causales de la acción de nulidad y que constituyen un efecto del principio de intervención judicial mínima que precisamente limita la interferencia injustificada de la justicia ordinaria en el arbitraje.”

¹³⁵ Resolución 38 del Tribunal Constitucional, publicada en el Suplemento del Registro Oficial 336 de 14 de mayo de 2008.

212. En relación con lo anterior, el segundo inciso del Art. 2 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional establece:

“La Corte podrá alejarse de sus precedentes de forma explícita y argumentada garantizando la progresividad de los derechos y la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia”. De este modo, los requisitos para que una decisión de la Corte Constitucional pueda alejarse de un precedente obligatorio son: (i) que la separación se realice de forma explícita y argumentada; (ii) que el nuevo criterio garantice la progresividad de los derechos; y, (iii) que con el nuevo criterio se fortalezca la vigencia del estado constitucional de derechos y justicia.”

213. Respecto al primer requisito, la Corte Constitucional deberá resolver la acción de interpretación a través de una sentencia que cumpla la garantía de motivación de todas las decisiones judiciales.

214. El segundo requisito no aplica a esta acción porque la norma constitucional propuesta a interpretación de la Corte no forma parte del catálogo de derechos reconocidos en la Carta Magna, sino que está en sus normas orgánicas, en virtud de las cuales se determina la organización del Estado y sus facultades.

215. El tercer requisito, como será demostrado en este escrito, se cumplirá en la medida en la que la sentencia de este proceso decida cambiar la interpretación errónea que respecto al artículo 422 de la Constitución se ha mantenido hasta la actualidad. Particularmente, el estado de derechos y justicia se fortalecerá a través de un sustento que permita la aplicación real del mencionado artículo mediante una postura consistente, que esté acorde al principio de seguridad jurídica y legalidad y para esto, se debe interpretar la norma de forma literal, volitiva y sistemática, siendo estas las tres reglas principales de interpretación constitucional previstas en su artículo 427; y, las cuales, como se demostrará, desvirtúan el criterio actual de la Corte Constitucional.

216. Por lo tanto, es procedente que la Corte Constitucional se aleje de su criterio previo respecto de la aplicación del artículo 422 de la Constitución a los TBIs que sean celebrados por la República del Ecuador con otros Estados. Asimismo, para aceptar la acción propuesta por la Asamblea Nacional tendrá que verificar el cumplimiento de los requisitos de la LOGJCC, en la medida en la que sean aplicables. Siempre tomando en cuenta que, de concluir que existió un error en el criterio actual –que es demostrado en este *Amicus Curiae*–, este necesariamente debe ser corregido.

4. CONCLUSIONES

217. Como se explicó al inicio de este *Amicus Curiae*, el propósito ha sido presentar lo que, al amparo del Derecho ecuatoriano, debería ser una correcta interpretación del artículo 422

de la Constitución. La Constitución debe ser interpretada a través de una interpretación literal, sistemática, y volitiva, que además otorgue un efecto útil (*Effet Utile*) a la prohibición establecida en el artículo 422(1) de la Constitución y a las demás disposiciones constitucionales.

218. Como se ha visto, estos métodos de interpretación llevan a concluir que el estándar de prohibición contenido en dicho artículo es alto y, para que opere, deben verificarse todos los requisitos allí establecidos. Así, lo que estaría prohibido es muy específico y debe reunir lo siguiente para caer dentro de dicha disposición:

- a. Se trate de un tratado internacional: Los únicos “instrumentos” que son objetos de la prohibición son los tratados internacionales y ninguna otra fuente de Derecho Internacional Público cae dentro de la prohibición. Esta tampoco alcanza a fuente de derecho doméstico alguna (*ej.* contratos internacionales).
- b. El tratado debe regular disputas “contractuales” o “de índole comercial”: Esto es, disputas de derecho doméstico que, por su naturaleza, son distintas a aquellas de Derecho Internacional Público;
- c. Las disputas de derecho local deben surgir entre el Estado y una parte privada: No se trata de disputas entre dos Estados contratantes/signatarios del tratado, ni tampoco de disputas entre dos partes privadas;
- d. El tratado debe contener una cláusula arbitral (arbitraje internacional) como método de resolución de las disputas de derecho local, que debe estar acompañada de una renuncia a la jurisdicción de las cortes nacionales: Es necesario que el Tratado incorpore una cláusula de resolución de controversias en la que se otorgue consentimiento para que la disputa “contractual” o de “índole comercial” (disputa de derecho local entre el Estado y partes privadas) sea resuelta por arbitraje internacional, cediendo así “jurisdicción soberana” en el ámbito del derecho doméstico.

219. Los TBIs no reúnen estas características, pues las disputas que surgen de ellos no se tratan de disputas “contractuales” o “de índole comercial”. Se tratan de disputas regidas por el Derecho Internacional Público y, particularmente, por el Derecho Internacional de Inversiones. Por su naturaleza, una disputa bajo un TBI no puede ser “contractual” ni “de índole comercial”. Más importante, las cláusulas de resolución de controversias que los TBIs generalmente incorporan, refiriendo las disputas entre un Estado y un inversionista a arbitraje internacional, no constituyen “cesión de jurisdicción soberana”. Ello debido a que se trata de una disputa al amparo del Derecho Internacional Público, donde se discute la existencia (o no) de responsabilidad internacional por el cometimiento de un acto internacionalmente ilícito. En el Derecho Internacional Público, los Estados son iguales los unos a los otros y no existe cesión de inmunidad soberana de jurisdicción. Lo que existe, es la expresión máxima de soberanía, que es el otorgar consentimiento para

someterse a un foro específico de resolución de disputas. Conceptualmente, un Estado no puede “ceder voluntad soberana” en el ámbito del Derecho Internacional Público. El artículo 422(1) tiene que ser analizado necesariamente a la luz de aquel.

5. SOLICITUD

220. En virtud de los fundamentos expuestos, solicito atentamente que se admita el presente escrito de *Amicus Curiae* al expediente para mejor resolver, en cumplimiento a lo dispuesto en el artículo 12, inciso primero, de la LOGJCC.

221. Así también, solicito se sirva admitir la comparecencia del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje, en calidad de *Amicus Curiae*, a la audiencia pública que se convoque oportunamente en esta causa.

6. PATROCINIO, NOTIFICACIONES Y AUTORIZACIONES

222. Autorizamos expresamente a los abogados Javier Jaramillo Troya y David Toscano Andrade a suscribir cuanto escrito fuere necesario para la tramitación de este *Amicus Curiae*, así como para que comparezcan, individual o conjuntamente, a nuestro nombre en cualquier diligencia y audiencia relacionada con el mismo.

223. El IEA recibirá notificaciones en los siguientes correos electrónicos: jjaramillo@pbplaw.com, dtoscano@ferrere.com, xandrade@andradeveloz.com, hgarcia@cplaw.com, así como en el casillero constitucional No. 1209.

224. Firmamos con nuestros abogados patrocinadores.

Xavier Andrade Cadena
Mat. 6780 C. A. P.

Hugo García Larriva
Mat. 17-2009-523

Javier Jaramillo Troya
Mat. 17-2011-143

David Toscano Andrade
Mat. 17-2012-271