

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

ACCIÓN DE INTERPRETACIÓN

N° 0002-18-IC

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR:

ECUVYAP

Ecuador Very Young Arbitration Practitioners



TABLA DE CONTENIDO

I. AMICUS CURIAE	3
1.1. OBJETO DEL <i>AMICUS CURIAE</i>	3
1.2. NORMATIVA APLICABLE A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN.....	4
II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL <i>AMICUS CURIAE</i>	4
2.1. UNA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ARTÍCULO 422 OBLIGA A REALIZAR UNA DISTINCIÓN ENTRE CONTROVERSIAS “ <i>CONTRACTUALES O DE ÍNDOLE COMERCIAL</i> ” Y CONTROVERSIAS DERIVADAS DE UN TBI.....	4
2.2. UNA INTERPRETACIÓN SISTEMÁTICA DEL ARTÍCULO 422 OBLIGA A REALIZAR UNA DISTINCIÓN ENTRE CONTROVERSIAS “ <i>CONTRACTUALES O DE ÍNDOLE COMERCIAL</i> ” Y CONTROVERSIAS DERIVADAS DE UN TBI.....	7
2.3. ALCANCE DEL PRIMER INCISO DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN SOBRE DISPUTAS DERIVADAS DE TBIS	9
2.4. LA INTERPRETACIÓN VOLITIVA NO PROCEDE PARA DETERMINAR EL SENTIDO DEL ARTÍCULO 422.....	10
2.5. EL ARBITRAJE DE INVERSIÓN SOBRE CONTROVERSIAS DERIVADAS DE UN TBI ES CONCORDANTE CON LA PLENA VIGENCIA DE LOS DERECHOS CONSTITUCIONALES	12
III. CONCLUSIONES	13
IV. SOLICITUD Y NOTIFICACIONES.....	14

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Lorena Barraqueta Bucaram; Carla Cepeda Altamirano; Daniela Guarderas Alarcon; Soledad Peña Plaza; Michelle Vasco Campoverde; y, Gustavo Villacreses Brito, como miembros del Comité Ejecutivo de la organización de jóvenes ECUVYAP – Ecuador Very Young Arbitration Practitioners¹, comparecemos ante ustedes para presentar un *amicus curiae* dentro de la acción de interpretación N° 0002-18-IC. Esto lo hacemos con fundamento en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional² (“LOGJCC”).

I. AMICUS CURIAE

1.1. Objeto del *amicus curiae*

1. El presente *amicus curiae* tiene por objeto proporcionar argumentos jurídicos y técnicos a esta Corte para que determine que la prohibición establecida en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución de la República del Ecuador³ (“Constitución”) no alcanza a los arbitrajes de inversión pactados mediante Tratados Bilaterales de Inversión (“TBI” o “TBIs”). Para tal efecto, este escrito se centrará en demostrar lo siguiente:
 - i. La interpretación literal y sistemática de la Constitución obliga a distinguir entre controversias derivadas de un TBI y controversias “*contractuales o de índole comercial*”.
 - ii. El alcance de la prohibición establecida en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución solo se refiere a cláusulas en las que se verifiquen las cuatro condiciones previstas en dicho artículo.
 - iii. Una interpretación volitiva no procede para determinar el sentido del Artículo 422 en esta Acción de Interpretación.
 - iv. El arbitraje de inversión sobre controversias derivadas de un TBI es concordante con la plena vigencia de los derechos constitucionales.
2. Acorde con estos argumentos, lo que se ha de concluir es que el primer inciso del artículo 422 de la Constitución no prohíbe los arbitrajes de inversión pactados mediante TBI. Por lo cual, la Corte Constitucional deberá ejercer su facultad⁴ para alejarse del criterio establecido en dictámenes previos, a través de los cuales se declaró la constitucionalidad de la denuncia de varios TBI firmados por el Ecuador.⁵

¹ Las opiniones y análisis expresados en este documento son de carácter personal de sus suscriptores y no corresponden, ni vinculan de manera alguna a otras entidades u organizaciones a las que se encuentran de alguna manera vinculados.

² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional. Registro Oficial Suplemento 52, del 22 de octubre de 2009, última modificación el 03 de febrero de 2020.

³ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, del 20 de octubre 2008, última modificación el 12 de marzo de 2020.

⁴ Artículo 2, numeral 3, LOGJCC.

⁵ Los dictámenes previos que deben ser superados son los siguientes: Dictamen No. 043-10-DTI-CC; Dictamen No. 031-10-DTI-CC; Dictamen No. 023-10-DTI-CC; Dictamen No. 0001-14-DTI-CC; Dictamen No. 032-13-DTI-CC; Dictamen No. 027-10-DTI-CC; Dictamen No. 027-10-DTI-CC; Dictamen No. 020-10-DTI-CC; Dictamen No. 030-I0-DTI-CC; Dictamen No. 038-10-DTI-CC; Dictamen No. 040-10-DTI-CC; Dictamen No. 035-DTI-CC; Dictamen No. 022-13-DTI-CC; Dictamen

1.2. Normativa aplicable a la interpretación del artículo 422 de la Constitución

3. En este caso, la parte pertinente de la norma objeto de esta Acción de Interpretación dispone:

Art. 422.- No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas. (...)

4. Conforme lo exige el artículo 427 de la Constitución, este *amicus curiae* desarrollará argumentos para interpretar dicha norma, los cuales se fundamentan en el método de interpretación literal [2.1] y de la interpretación sistemática [2.2]. Tras aplicar estos dos métodos interpretativos se podrá concluir, sin lugar a duda, que el inciso primero del artículo 422 de la Constitución -en general- no prohíbe los arbitrajes de inversión pactados mediante TBI. De esta manera, su alcance se limita a los casos en los que se verifican cuatro condiciones necesarias para su aplicación [2.3].
5. Adicionalmente, en aras de presentar a la Corte un análisis integral, se presentarán argumentos que demuestran que una interpretación volitiva no es aplicable a este caso concreto [2.4], pues este es un método interpretativo subsidiario, para supuestos en los que existan dudas sobre el sentido de una disposición, tras haber empleado los dos primeros métodos.
6. Finalmente, se explicarán los motivos por los cuales interpretar el artículo 422 de la Constitución en un sentido permisivo de los arbitrajes de inversión, es concordante con la plena vigencia de los derechos constitucionales [2.5].

II. FUNDAMENTOS JURÍDICOS DEL *AMICUS CURIAE*

2.1. Una interpretación literal del artículo 422 obliga a realizar una distinción entre controversias “*contractuales o de índole comercial*” y controversias derivadas de un TBI

7. La interpretación literal propone encontrar el sentido de una norma a partir de los términos utilizados por el constituyente en la redacción del texto normativo, con ayuda de las reglas gramaticales y del uso del lenguaje.⁶ En este caso es menester atender al significado del lenguaje empleado en el inciso primero del artículo 422 de la Constitución dadas las implicaciones técnicas del mismo.
8. De la lectura de la norma en cuestión, se desprende que la locución “*no se podrá*” establece una prohibición para que el Estado ecuatoriano pacte arbitraje internacional, cuando se cumplan las siguientes condiciones:
- (i) El Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana (materia de la controversia);
 - (ii) en controversias contractuales o de índole comercial (objeto del arbitraje);
 - (iii) entre el Estado y privados (sujetos del arbitraje);
 - (iv) a través de un tratado internacional (instrumento contenedor de la cláusula de solución de disputas).

No. 010-13-DTI-CC; Dictamen No. 035-DTI-CC; Dictamen No. 022-13-DTI-CC; y, Dictamen No. 010-13-DTI-CC.

⁶ Víctor Anchondo. “Métodos de Interpretación jurídica”. Revista Quid Iuris. México: Instituto de Investigaciones Jurídicas de la UNAM. Marzo 2012, vol. 16, pp. 37-38.

9. Estas cuatro condiciones necesitan cumplirse de manera simultánea para que opere la prohibición establecida en el inciso primero de artículo 422 de la Constitución. Ahora, demostraremos que, al menos, la primera y segunda condición no se cumplen para el supuesto en que el Estado ecuatoriano celebre un TBI. Por lo tanto, la limitación del primer inciso del artículo 422 no es aplicable.
10. Sobre la primera condición (prohibición de ceder jurisdicción). Esta condición no se cumple sencillamente porque el Estado no cede jurisdicción soberana cuando suscribe y ratifica TBIs. Por el contrario, la celebración o ratificación de TBI corresponden a actos de ejercicio y atribución propios de su soberanía. Además, el Estado ejerce su soberanía en el proceso de reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, que resultan de los arbitrajes internacionales comerciales o de inversión. En efecto, a través de las cortes nacionales, el Estado tiene la posibilidad de decidir si dichos laudos son ejecutables o no en el Ecuador.⁷
11. También se debe considerar que el Ecuador no tiene ninguna corte local que sea competente para conocer controversias sobre Derecho Internacional de las Inversiones ante el incumplimiento de un TBI.⁸ Por tanto, si el Ecuador pacta arbitraje internacional para resolver las controversias derivadas del TBI no incurre en la prohibición, pues mal podría ceder una jurisdicción que no tiene.
12. Sobre la segunda condición (controversias contractuales o de índole comercial). Es importante resaltar que el constituyente no empleó el término “*inversión*” y tampoco se refirió expresamente a un TBI. Esto es de absoluta relevancia, pues, de la redacción del inciso primero del artículo 422 de la Constitución, es claro que el constituyente utilizó precavidamente el término “*comercial*”. Es decir, la prohibición se restringe a las cláusulas arbitrales sobre “*controversias contractuales o de índole comercial*” y no opera *per se* respecto de cláusulas de resolución de disputas de inversión amparadas en TBIs. Esto se debe a que los conceptos de “*inversión*” y “*comercial*” no son equiparables. Por el contrario, existen distinciones claras entre ambos desde una perspectiva técnica y jurídica. Esto por los siguientes motivos.
13. Primero, los conceptos “*inversión*” y “*comercial*” responden a relaciones jurídicas distintas, con características específicas y particulares. En efecto, en el ámbito del Derecho Internacional, la doctrina más calificada en la materia y los precedentes han analizado de manera reiterada los parámetros para diferenciar una transacción comercial y una inversión. Por un lado, las “*inversiones*” internacionales se caracterizan por la existencia de una relación jurídica, en la que necesariamente se verifique una contribución económica que: (i) tenga una considerable duración; (ii) en la que el inversionista participa del riesgo de la transacción; y (iii) que se realiza para

⁷ Sobre competencia de las cortes ecuatorianas para el reconocimiento y ejecución de laudos extranjeros, véase: artículo 208 (6), Código Orgánico de la Función Judicial; y, artículo 102, Código Orgánico General de Procesos. Además, bajo las causales previstas en la Convención de Nueva York, un Estado puede negar el reconocimiento y ejecución de un laudo extranjero cuando lo estime contrario al orden público nacional.

⁸ La estructura de los órganos jurisdiccionales de la Función Judicial no comprende un juzgado o corte especializada en Derecho Internacional de las Inversiones para controversias derivadas de un TBI. Tampoco, esta competencia ha sido otorgada a los órganos existentes, como juzgados de primera instancia, cortes provinciales, Tribunales Distritales de lo Contencioso Administrativo o Tributario y Corte Nacional de Justicia, conforme la Constitución y el Código Orgánico de la Función Judicial.

obtener un beneficio.⁹ Adicionalmente, (iv) en el caso ecuatoriano es prioritario que la inversión esté orientada al desarrollo del Estado.¹⁰

14. Por el contrario, las transacciones “*comerciales*” generalmente se ejecutan de manera inmediata. En otras palabras, nacen con el perfeccionamiento contractual y, normalmente, mueren con su ejecución, como es el caso de la compraventa mercantil de bienes muebles, el contrato de transporte o el contrato de seguros.¹¹ Estas transacciones carecen de una o varias de las características de las inversiones. Por ejemplo, la duración en el tiempo, la participación en el riesgo e incluso, la contribución económica (e.g. transacciones comerciales, en las que el objeto de la obligación es una prestación de “hacer”).
15. En consecuencia, es innegable la distinción que existe entre los conceptos “*inversión*” y “*comercial*”, pues, como se ha señalado, estos responden a relaciones jurídicas distintas, con características particulares.
16. Tercero, las controversias “*contractuales o de índole comercial*” y aquellas que derivan de un TBI tienen fuentes jurídicas distintas. Por un lado, las disputas contractuales y comerciales tienen como fuente jurídica un **contrato**. En este sentido, el objeto de la disputa se restringe a comprobar si una de las partes incumplió o no con las obligaciones derivadas de dicho instrumento. De esta manera, el marco jurídico aplicable a este tipo de controversias es el propio contrato, los cuerpos normativos pactados convencionalmente y las normas de derecho local, público o privado, que, a su vez, establecen normas de aplicación respecto del perfeccionamiento, ejecución y terminación de los contratos. En el caso ecuatoriano, estos cuerpos normativos son, generalmente, el Código Civil, el Código de Comercio, la Ley Orgánica del Sistema Nacional de Contratación Pública, entre otros. Estas controversias pueden ser conocidas en instancias arbitrales locales o internacionales.
17. Por otro lado, las disputas de inversión derivadas de un TBI tienen su origen en un **tratado internacional**, sea este bilateral o multilateral, celebrado entre dos o más Estados en beneficio de sus mutuos inversionistas, ni siquiera requieren la existencia de un instrumento contractual. En efecto, el objeto de la controversia es determinar si el Estado receptor de la inversión ha violado o no aquellas garantías y estándares de protección internacional a las que se comprometió en un TBI.¹² Adicionalmente, como se trata del incumplimiento de una obligación internacional, lógicamente el derecho aplicable es Derecho Internacional Público y Derecho Internacional de las Inversiones. Consecuentemente, el foro adecuado para estas disputas no sería una instancia

⁹ *Salini Construttori SpA Italstrade SpA c. Morocco*, Decisión sobre Jurisdicción, (23 de julio de 2001), párrs. 52-3; *Biwater Gauff c. Tanzania*, ICSID Caso No. ARB/05/22, Laudo, 24 julio 2008; *Malaysian Historical Salvors c. Malasia*, ICSID Caso No. ARB/05/10, Decisión sobre Anulación 19 de abril de 2009; *Pantechniki S.A. Contractors & Engineers (Greece) v. The Republic of Albania*, ICSID Caso No. ARB/07/21, Laudo de 30 de julio de 2009; *Quiborax c. Venezuela*, ICSID Caso No. ARB/06/2, Laudo del 16 de septiembre de 2015, paras. 219-226.

¹⁰ Artículo 339, Constitución.

¹¹ Los creadores de la ley Modelo UNCITRAL han establecido una lista ejemplificativa de las transacciones que pueden considerarse como comerciales, cuyas controversias son susceptibles de ser sometidas a arbitrajes comerciales: “(...) todos aquellos asuntos que surjan de una naturaleza comercial, sea contractual o no. Estas relaciones de naturaleza comercial incluyen, pero no se limitan a: cualquier transacción comercial para el suministro o intercambio de bienes o servicios; acuerdo de distribución; comercial representación o agencia; factorización; arrendamiento; construcción de obras (...)”. Véase Ley Modelo UNCITRAL para el Arbitraje Internacional Comercial, Reforma (7 de julio de 2007), nota al pie 2.

¹² G. Van Harten y M. Loughlin. “Investment Treaty Arbitration as a Species of Global Administrative Law”. *The European Journal of International Law* Vol. 17, EJIL 2006, p. 142.

nacional (de ninguno de los Estados parte de un TBI), sino una sede supranacional habilitada para determinar responsabilidad internacional. Este punto tiene concordancia directa con la primera condición desarrollada en párrafos anteriores.

18. Por lo tanto, resulta evidente que en materia de arbitraje internacional existe una diferencia sustancial entre aquello que se califica como controversia “*comercial*” o “*contractual*”, de una disputa de “*inversión*” bajo las reglas de un TBI. Cada una de estas relaciones jurídicas se diferencia en cuanto a la fuente de su obligación y al foro indicado para resolver la controversia. Entonces, resultaría una equivocación mayor interpretar que los términos “*comercial*” o “*contractual*”, empleados en el artículo 422 de la Constitución, comprenden a la materia de inversiones. En conclusión, esta segunda condición tampoco se cumple.
19. En definitiva, considerando que, a fin de que se aplique la limitación del primer inciso del artículo 422 de la Constitución, deben verificarse las cuatro condiciones de forma simultánea, es evidente que esta disposición no es aplicable a disputas derivadas de un TBI suscrito por el Estado ecuatoriano. Esto porque bajo dichos instrumentos no se cumplen, al menos, la primera y segunda condición.

2.2. Una interpretación sistemática del artículo 422 obliga a realizar una distinción entre controversias “*contractuales o de índole comercial*” y controversias derivadas de un TBI

20. La interpretación sistemática busca extraer del texto de la norma un enunciado cuyo sentido sea acorde con el contenido general del ordenamiento al que pertenece. Procura el significado atendiendo al conjunto de normas o sistema del que forma parte. Un precepto no debe interpretarse de manera aislada, sino en conjunto con los demás preceptos o cláusulas que forman parte del ordenamiento en cuestión. La razón detrás de lo anterior es que el sentido de una norma no sólo está dado por los términos que la expresan y su articulación sintáctica, sino por su relación con las otras normas.¹³
21. En este caso, la interpretación del inciso primero del artículo 422 de la Constitución en conjunto con otras disposiciones constitucionales, permite enfatizar la diferencia técnica respecto de lo que se entiende por controversia de “*inversión*”, “*contractual*” y “*comercial*”. De tal manera que la redacción “*controversias contractuales o de índole comercial*” no puede ser comprendida como inclusiva de las disputas de inversión derivadas de un TBI.
22. Por ejemplo, el artículo 416 de la Constitución trata al “*comercio*” y a la “*inversión*” como dos materias distintas:

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. (...) (énfasis añadido).

23. En dicho artículo, el constituyente distingue entre la materia comercial y la de inversiones cuando emplea la conjunción “*e*” en la redacción de la frase “*sistema de comercio e inversiones*”. Las conjunciones son nexos entre palabras que expresan las relaciones entre los elementos que unen. En este caso, el uso de la conjunción copulativa “*e*” refleja la necesidad del constituyente por

¹³ Víctor Anchondo, pp. 41-42.

agregar a la “*inversión*” como un elemento nuevo, distinto y adicional al “*comercio*”, con el objeto de expresar un listado de dos componentes diferentes (“*comercio e inversiones*”) que se relacionan porque forman parte del “*sistema*” del que se habla en la oración.

24. Si el constituyente hubiese entendido que las inversiones estaban comprendidas dentro de la materia comercial, no habría tenido la necesidad de elaborar un listado de dos elementos, por tanto, sólo habría escrito “*sistema de comercio*” en el artículo 416 de la Constitución. Asimismo, si el constituyente hubiese considerado que las palabras “*comercio*” e “*inversiones*” expresan el mismo significado técnico, de manera que puedan utilizarse de manera alternativa, habría empleado la conjunción disyuntiva “*o*” (“*sistema de comercio o inversiones*”) en lugar de la conjunción copulativa “*e*”.
25. Adicionalmente, el constituyente ha preferido emplear el término “*inversión*” y no “*comercial*” o “*contractual*” para referirse a escenarios que implican una operación económica con una duración específica, riesgo y apoyo al desarrollo. En este sentido, el artículo 339 de la Constitución establece que el Estado promoverá las *inversiones* nacionales y extranjeras, para lo cual, las entidades financieras deben ayudar a fortalecer la *inversión*¹⁴; las empresas públicas deben destinar sus excedentes a *inversión*¹⁵; y, el ahorro es entendido como una forma de *inversión*¹⁶.
26. Por otro lado, la Constitución ha utilizado cuidadosamente el término “*comercial*” para referirse a la transacción de un bien o servicio. Para ejemplificar, el artículo 421 manda que la provisión de medicinas no se podrá limitar por los instrumentos internacionales **comerciales** que regulan a las transacciones **mercantiles**, 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*”.
27. Por último, el artículo 419 de la Constitución hace expresa referencia al término “*comercio*” para determinar que la ratificación o denuncia de los tratados internacionales que “*comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio*” requiere la aprobación previa de la Asamblea Nacional. Al respecto, la actual conformación de la Corte Constitucional ya ha determinado que otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros en tratados internacionales no crea obligaciones de índole comercial para el país, enfatizando así la diferencia técnica entre “*comercial*” e “*inversión*”.
28. En el dictamen sobre la necesidad de aprobación legislativa del “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa de Brasil”, la Corte concluyó que el mencionado acuerdo —muy similar a los TBI— no involucraba obligaciones de índole comercial para el Ecuador. Para el efecto, recurrió a la distinción que existe entre la materia comercial y la de inversiones en los siguientes términos:

16. Por otro lado, no se evidencia que las disposiciones del Acuerdo comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio (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 capitales y la inversión extranjera al**

¹⁴ Artículo 308, Constitución.

¹⁵ Artículo 315, Constitución.

¹⁶ Artículo 338, Constitución.

otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros, 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 acuerdo derive en la creación de obligaciones de índole comercial para el país.**¹⁷ (énfasis añadido)

29. En consecuencia, la interpretación del inciso primero del artículo 422 de la Constitución, en el sentido de que la materia contractual y comercial es distinta de la materia de inversiones, resulta consecuente con el resto de las disposiciones constitucionales, lo que obedece a una interpretación sistemática de la Constitución.

2.3. Alcance del primer inciso del artículo 422 de la Constitución sobre disputas derivadas de TBIs

30. Tras una interpretación literal y sistemática del inciso primero del artículo 422 de la Constitución, se ha determinado que las inversiones amparadas bajo un TBI no se encuentran dentro del alcance de la prohibición constitucional. No obstante, corresponde analizar si existe algún escenario en el se verifiquen simultáneamente las cuatro condiciones para que opere la prohibición del inciso primero del artículo 422 de la Constitución¹⁸ en disputas derivadas de un tratado bilateral.
31. Como se indicó, el primer inciso del artículo 422 de la Constitución prevé una prohibición para que el Estado ecuatoriano pacte arbitraje internacional cuando se verifiquen cuatro requisitos: (i) que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción (materia de la controversia); (ii) que las controversias sean contractuales o de índole comercial (objeto del arbitraje), (iii) las partes involucradas sean el Estado y privados (sujetos del arbitraje), (iv) el convenio arbitral conste en un tratado internacional¹⁹ (instrumento contentivo de la cláusula de solución de disputas).
32. Cuando se trata de un TBI, estas cuatro condiciones simultáneas no se cumplen, sencillamente porque el Estado no cede soberanía en ese supuesto y porque estos instrumentos se encuentran dirigidos a proteger una inversión, no una disputa de índole contractual o comercial. Por lo tanto, escapan del alcance de la prohibición del primer inciso del artículo 422.
33. A diferencia de un TBI, un tipo de Tratado que sí se aproxima a la definición y a las condiciones dispuestas por el artículo 422 son los denominados Tratados Bilaterales de Arbitraje (TBAs). Gary Born, precursor de los TBAs, los define de la siguiente manera:

‘El concepto básico de un tratado de arbitraje bilateral, o de un TBA, es que **dos Estados**, por ejemplo, Rumanía (o Tailandia) y Singapur, **celebren un tratado bilateral** en el que se establece que **todas las controversias comerciales** de una determinada categoría entre sus respectivos nacionales **se resolverán - como mecanismo por defecto - por arbitraje comercial internacional (...)**’ El TBA establecerá que siempre que surja una controversia comercial **internacional entre, nacionales de dos Estados o incluso entre nacionales de un Estado y agencias gubernamentales de otro Estado** (siempre que esta disputa no se encuentre dentro de la definición de inversión prevista en el TBI entre dichos Estados) esas disputas se someterían a arbitraje internacional para su resolución definitiva y vinculante. **Los tribunales de ninguno de los dos Estados podrán conocer estas disputas** y los

¹⁷ Corte Constitucional, Dictamen No. 034-19-TI/19, 4 de diciembre de 2019, párr. 16.

¹⁸ Párrafo 9 *supra*.

¹⁹ La prohibición se limita a instrumentar la cláusula de solución de disputas a través de un **tratado internacional** y no se extiende a los **contratos de inversión**. Por ello, pactar arbitraje en contratos de inversión se encuentra expresamente permitido por los artículos innumerados agregados después del artículo 16 del Código Orgánico de la Producción, Comercio e Inversiones.

tribunales de ambos Estados reconocerán y ejecutarán los laudos arbitrales resultantes de la misma manera que otros laudos internacionales.²⁰ (énfasis añadido)

34. De esta definición, se desprende que los TBAs son instrumentos en los que el Estado: (i) cede su jurisdicción a una sede arbitral; (ii) sobre controversias comerciales o de índole contractual; (iii) en que las partes son, por un lado, nacionales del Estado o sus agencias gubernamentales y, por otro, sujetos privados de otro Estado; y, (iv) ello deviene de un Tratado Internacional, el TBA.
35. En conclusión, el artículo 422 no prohíbe la celebración de TBIs, sino acuerdos internacionales en los que se cumplan las cuatro condiciones antedichas. En materia de arbitraje internacional, esto sucedería -por ejemplo- con la celebración de TBAs.

2.4. La interpretación volitiva no procede para determinar el sentido del Artículo 422.

36. La Constitución es clara respecto a los métodos aplicables para interpretar sus disposiciones. El artículo 427 de la Constitución dispone que las normas constitucionales se interpretan, en primer lugar, por el tenor literal que más se ajuste a la Constitución en su integralidad. Únicamente en caso de duda, se interpretan hacia la plena vigencia de derechos y en el sentido que más respete la voluntad del constituyente. Por lo tanto, no es técnica la aplicación de la interpretación volitiva cuando no caben dudas sobre el sentido del texto constitucional después de haber realizado una interpretación literal y sistemática.
37. En este caso, los métodos exegético y sistemático proporcionan todos los elementos necesarios para aclarar las dudas existentes respecto del alcance del primer inciso del artículo 422. Particularmente, sobre la posibilidad de que el Estado ecuatoriano celebre TBIs con cláusulas de solución de controversias en arbitraje internacional de inversiones. Por consiguiente, en este caso, no procede el método de interpretación, ni es aplicable.
38. Antes de llevar a cabo este análisis, cabe puntualizar que la voluntad del constituyente no es sinónimo de las opiniones de determinados asambleístas. El “constituyente” es el cuerpo colegiado que creó la Constitución. Si bien las posiciones individuales o de ciertos grupos son parte de esa voluntad, no son equivalentes a la misma. Tratar de conocer la voluntad del constituyente resulta una pesquisa que solo se materializa en el texto final aprobado, en conjunto con el bloque de constitucionalidad.²¹ De ahí que el análisis literal y sistemático del texto sea preeminente y que la aplicación del análisis volitivo, al ser sumamente complejo, deba ser aplicado de *ultima ratio*.
39. Consecuentemente, para fines del análisis propuesto, este *amicus curiae* no analizará posiciones individuales. No obstante, consideramos útil tomar en cuenta el Informe de Mayoría presentado por la Mesa 9 “Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana” en la Asamblea Constituyente de Montecristi. Este documento contenía la propuesta de articulado que regiría lo tocante a relaciones internacionales y las explicaciones de los asambleístas constituyentes con relación a dichos artículos. En cuanto al artículo 422, quedó señalado lo siguiente:

El Artículo 8 [del informe, que corresponde al Artículo 422] 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

²⁰ Traducción libre. Gary Born, *BITS, BATS and BUTs: Reflections on International Dispute Resolution*, University of Pennsylvania Law School, 28 April 2014.

²¹ Corte Constitucional del Ecuador, Sentencia No. 10-18 CN/19, párrs. 27-32 (10 de junio de 2019).

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, en los que, al parecer, los Estados son puestos al mismo nivel que una compañía comercial.²² (énfasis añadido)

40. De este informe, se desprende que la intención de prohibir la celebración de determinados instrumentos internacionales nació como una reacción a los tratados que históricamente *“se han considerado como lesivos para los intereses del país”* por trasladar *“la jurisdicción y competencia en caso de controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales suscritas con empresas transnacionales, a instancias supranacionales de arbitraje”*. Para el constituyente, era importante prohibir esos tratados que, a su criterio, habían mermado la soberanía estatal.
41. Más allá del lenguaje que al final se empleó en la redacción del artículo 422 de la Constitución, se observa que la intención del constituyente era proteger la soberanía del Estado ecuatoriano. Como se señaló anteriormente, los TBIs con cláusulas arbitrales no implican una cesión de jurisdicción soberana, sino un ejercicio de la soberanía estatal. Por lo cual, no sería acertado extender el alcance de la prohibición del artículo 422 de la Constitución a un tipo de tratado, como los TBIs, que no afectan la soberanía del Estado.
42. Otro elemento que permite entrever la voluntad del constituyente en relación con los arbitrajes de inversión pactados en TBIs se encuentra en el principio establecido en el artículo 416.12 de la Constitución. En el marco del fomento de un nuevo sistema de comercio e inversión entre Estados, el constituyente estableció que *“rechaza que controversias con empresas privadas extranjeras se conviertan en conflictos entre Estados”*. Es decir, el constituyente no acepta que los conflictos con inversionistas extranjeros sean solventados a través de mecanismos de diplomacia de buque de guerra o *diplomatic espousal*, históricamente empleados por los Estados cuando los derechos o intereses de sus inversores nacionales eran perjudicados por otro Estado.²³
43. Al oponerse a este tipo de solución de controversias donde el Estado del inversionista extranjero toma acciones contra el Estado receptor de la inversión, se observa que la intención del constituyente es favorable frente a alternativas como el arbitraje internacional de inversiones, de manera que el propio inversionista extranjero tenga una vía para reclamar contra el Ecuador sin que ello se torne en una confrontación directa entre Estados.
44. En otras palabras, por principio general, la voluntad del constituyente favorece el pacto de métodos de solución de conflictos como el arbitraje de inversión en un TBI, en oposición a otros mecanismos de confrontación directa entre Estados, como los previamente señalados.
45. En definitiva, la voluntad del constituyente no se extiende a restringir el arbitraje internacional o los TBIs, sino a aquellos acuerdos específicos que cumplen las cuatro condiciones previstas en el articulado, como los TBAs.

²² Asamblea Constituyente, Acta 038, Informe de Mayoría de la Mesa 9: Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración Latinoamericana, pp. 127-128 (1 de abril del 2008).

²³ Christopher F. Dugan et. al. *Investor-State Arbitration*. New York: Oxford University Press Inc, 2008. pp. 26-29.

2.5. El arbitraje de inversión sobre controversias derivadas de un TBI es concordante con la plena vigencia de los derechos constitucionales

46. Se han presentado otros *amicus curiae*²⁴ para oponerse a una interpretación literal, sistemática y técnica del artículo 422 de la Constitución –que como se ha explicado excluye a los arbitrajes de inversión originados en TBIs – ante esta Corte Constitucional. Estos se fundamentan erróneamente en que la celebración de TBIs se opone a la lucha frente a la corrupción y fomenta que los inversionistas vulneren derechos constitucionales de la naturaleza, así como fomentan una falta de responsabilidad social corporativa. Esto es una falacia de generalización apresurada, como se explicará a continuación.
47. No pretendemos negar que pueden celebrarse instrumentos atentatorios a los intereses del Ecuador. Sin embargo, la lesividad frente a la que se busca protección no radica en los instrumentos *per se*, sino en su contenido. La forma de rectificar tal situación no es prohibir la celebración de instrumentos internacionales. Por el contrario, los tratados existentes pueden ser renegociados; y los tratados a celebrarse pueden ser pactados como instrumentos de apoyo para la protección de los intereses del Ecuador, sin sacrificar el fomento a la inversión extranjera, pues se ha demostrado que existe relación entre la atracción de inversión extranjera directa y la suscripción de TBIs.²⁵
48. De hecho, actualmente el Derecho Internacional de Inversiones ha visto un desarrollo importante respecto de los tratados bilaterales o multilaterales de inversiones, cuyas reformas hacen que sean considerados de *nueva generación*. Estos fomentan mayor responsabilidad de los inversionistas frente al medio ambiente, los derechos humanos, las relaciones comunitarias y la lucha contra la corrupción, lo que en definitiva favorece la plena vigencia de los derechos constitucionales.²⁶
49. Por ejemplo, India ya ha puesto en conocimiento de la Comunidad Internacional su nuevo Modelo de Tratado Bilateral de Inversiones.²⁷ India ha sido uno de los Estados más demandados en sede arbitral a nivel mundial²⁸, por ello y en protección de sus intereses, este Estado ha reformado su modelo de TBI con la inclusión de cláusulas como:

Artículo 12 Responsabilidad social corporativa.- Los inversionistas, y sus empresas que operen dentro del territorio de cada Parte, **se esforzarán por incorporar voluntariamente estándares de responsabilidad social corporativa reconocidos internacionalmente** en sus prácticas y políticas internas, tales como declaraciones de principios que hayan sido aprobadas o respaldadas por las Partes. Estos principios **pueden abordar cuestiones como el trabajo, el medio ambiente, los derechos**

²⁴ Véase *amicus curiae* de Alberto Acosta.

²⁵ UNCTAD, *The Role of International Investment Agreements in Attracting Foreign Direct Investment to Developing Countries*, Series on International Investment Policies for Development, 2009.

²⁶ Tratado entre México, Estados Unidos y Canadá (T-MEC) de 1 de julio de 2020. El Capítulo 23 requiere que los países observen los Principios Fundamentales de la Organización Internacional del Trabajo y mejoren sus normas laborales. De hecho, en los tratados de nueva generación como el CETA, se ha incluido provisiones sobre derechos humanos y lineamientos y principios de responsabilidad social como los establecidos para ETNs acorde a la OCDE. Véase: (<https://ec.europa.eu/trade/policy/in-focus/ceta/>)

²⁷ El boletín informativo al respecto de Herbert Smith Freehills, disponible en: <https://sites-herbertsmithfreehills.vulturevx.com/33/10790/landing-pages/key-features-of-the-model-bit.asp> (consultada el 27/11/2020).

²⁸ Ashutosh Ray, Unveiled: Indian Model BIT, Kluwer Arbitration Blog, disponible en: <http://arbitrationblog.kluwerarbitration.com/2016/01/18/unveiled-indian-model-bit/> (consultada el 27/11/2020).

humanos, las relaciones comunitarias y la lucha contra la corrupción.²⁹
(traducción libre; énfasis añadido)

50. El Ecuador no ha sido ajeno a esta realidad. En 2019, firmó un acuerdo de cooperación y facilitación de inversiones con Brasil que, entre otras, incluye las siguientes cláusulas:

Artículo 14 - Responsabilidad Social Corporativa.- 1. Los inversionistas y sus inversiones se esforzarán por lograr **el más alto nivel posible de contribución al desarrollo sostenible del Estado** [...] (a) contribuir al progreso económico, social y medio ambiental, con miras a lograr un desarrollo sostenible; (...).

Artículo 16 - Medidas sobre Inversiones y Lucha contra la Corrupción y la Ilegalidad.- 1. Cada Parte **asegurará que se adopten medidas y esfuerzos para prevenir y combatir la corrupción**, el lavado de activos y la financiación del terrorismo (...).³⁰

51. Estas cláusulas de TBIs establecen obligaciones a los inversionistas y ello apenas constituye un ejemplo en una miríada de posibilidades de negociación para garantizar la plena vigencia de derechos constitucionales. En este sentido, los TBIs y los arbitrajes de inversiones no son contrarios a la protección de los intereses del estado ni al bloque de constitucionalidad. De hecho, pueden ser una herramienta idónea para mejorar los términos en los que se desarrollan las inversiones e imponer obligaciones a los inversores que, por ser sujetos extranjeros, no podrían ser efectivamente obligados de otro modo. En consecuencia, las nuevas generaciones de TBIs, incluyendo sus cláusulas arbitrales, no sólo que no son inconstitucionales, sino que son útiles para la protección de los intereses estatales y garantizar la plena vigencia de derechos constitucionales.

III. CONCLUSIONES

52. Los insumos jurídicos y técnicos que se ofrecen en este *amicus curiae* para una adecuada interpretación del artículo 422 de la Constitución pueden sintetizarse de la siguiente manera:
- i. El artículo 422 establece cuatro condiciones que deben cumplirse de manera **simultánea** para que opere la prohibición establecida en su inciso primero. Estas son: (i) que el Estado ceda jurisdicción soberana; (ii) que se trate de controversias contractuales o de índole comercial (objeto del arbitraje); (iii) entre el Estado y privados (sujetos del arbitraje); y, (iv) la reclamación se realice a través de un tratado internacional (instrumento contenedor de la cláusula de solución de disputas).
 - ii. La prohibición establecida en el primer inciso del artículo 422 no alcanza a los arbitrajes de inversión pactados mediante TBIs porque estos (i) no implican una cesión de soberanía y (ii) no versan sobre materia de índole contractual o comercial. Es decir, no se cumplen la primera y segunda condición para que opere la prohibición.
 - iii. Un escenario en el que podría operar la prohibición del primer inciso del artículo 422 es, por ejemplo, un TBA. En este tipo de tratados, se traslada a instancias supranacionales de

²⁹ Modelo de Tratado Bilateral de Inversión de India, disponible en la página oficial del Gobierno Indio: https://dea.gov.in/sites/default/files/ModelBIT_Annex_0.pdf (consultada e 27/11/2020).

³⁰ Acuerdo de Cooperación y de Facilitación de Inversiones entre la República Federativa del Brasil y la República del Ecuador, disponible en: <https://investmentpolicy.unctad.org/international-investment-agreements/treaty-files/5887/download> (consultada el 27/11/2020).

arbitraje la jurisdicción y competencia en controversias originadas por relaciones contractuales o comerciales.

- iv. Aplicar la interpretación volitiva no es procedente porque después de una interpretación literal y sistemática del artículo 422 no cabe duda de su sentido. En todo caso, la intención del constituyente es favorable a métodos de solución de conflictos que impiden la confrontación directa entre Estados, como el arbitraje internacional de inversiones.
 - v. La celebración de TBIs es concordante con la plena vigencia de derechos constitucionales. Ejemplo de ello son las nuevas generaciones de TBIs que incluyen obligaciones para los inversionistas extranjeros, como la protección de la naturaleza, los derechos humanos, las relaciones comunitarias y el fomento de la lucha contra la corrupción. Es decir, garantizan la plena vigencia de derechos constitucionales.
53. Por lo expuesto, consideramos que la Corte Constitucional debe restringir la prohibición de la norma objeto de interpretación a aquellos acuerdos o cláusulas que cumplan con las cuatro condiciones expresamente previstas en el primer inciso del artículo 422, excluyendo de su alcance a los arbitrajes de inversión pactados en TBIs. Además, estimamos que esto requiere que la Corte se aleje del criterio, establecido en dictámenes previos³¹, sobre la base del cual se declaró como constitucional a la denuncia de diversos TBIs celebrados por el Ecuador.

IV. SOLICITUD Y NOTIFICACIONES

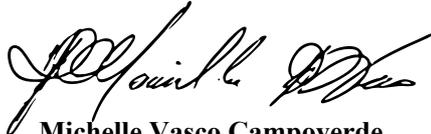
54. Solicitamos atentamente que se admita el presente escrito de *amicus curiae* y que se nos notifique para comparecer a la audiencia pública que se convoque oportunamente en esta causa, en cumplimiento a lo prescrito en el artículo 85 de la LOGJCC, en concordancia con el artículo 157 de la misma ley.
55. Recibiremos notificaciones en los correos electrónicos: lorena.barrazueta@hotmail.com; carla.cepeda.altamirano@gmail.com; daniela.guarderasa@gmail.com; soledadpenapl@gmail.com; michellevasco33@gmail.com; g.a.villacreses@gmail.com.
56. Firmamos:

Lorena Barrazueta Bucaram
Mat. 09-2018-654 FACJ

Carla Cepeda Altamirano
Mat. 17-2015-1953 FACJ

Daniela Guarderas Alarcón
Mat. 17-2013-731 FACJ


Soledad Peña Plaza
Mat. 09-2017-148 FACJ


Michelle Vasco Campoverde
Mat. 17-2018-722 FACJ


Gustavo Villacreses Brito
Mat. 16276 C.A.P.

³¹ Véase nota al pie 4.