



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

SEÑOR JUEZ CONSTITUCIONAL PONENTE DENTRO DE LA CAUSA No. 94-21-IN CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Fabián Pozo Neira, en mi calidad de Secretario General Jurídico de la Presidencia de la República conforme se desprende del Decreto Ejecutivo No. 2 del 24 de mayo de 2021, comparezco dentro del caso No. 94-21-IN, dentro del término concedido, con la presente intervención defendiendo la constitucionalidad del Decreto Ejecutivo No. 122 de 16 de julio de 2021 (en adelante, el “Decreto Impugnado” o “Decreto 122”) en los siguientes términos.

1. ANTECEDENTES

- 1.1 El Decreto 122 fue publicado el 21 de julio de 2021 mediante el Registro Oficial Suplemento No. 499.
- 1.2 El 12 de octubre de 2021, Jorge Abrahán Elías Cáceres Echeverría, Francisco Washington Espín Vallejo, Pablo Fidel Iturralde Blacio y Christian Pino Garrido, procuradores comunes de los colectivos Frente de Defensa Petrolero Ecuatoriano, Frente de Trabajadores del Ecuador y Asamblea Nacional Ciudadana en adelante “Accionantes”), presentaron una Acción Pública de Inconstitucionalidad (en adelante, “API”) en contra del Decreto Impugnado.
- 1.3 El 21 de enero de 2022, avocaron conocimiento de la causa la Jueza Constitucional Karla Andrade Quevedo, y los Jueces Constitucionales Enrique Herrería Bonet y Ramiro Ávila Santamaría, disponiendo que la Presidencia de la República intervenga respecto de la constitucionalidad del Decreto Impugnado.
- 1.4 La API se ha presentado como una inconstitucionalidad por el fondo. Se alega que el Decreto 122 atenta contra los artículos 9, 275, 339, 416 y 422 de la Constitución de la República.
- 1.5 Esta API fue acumulada a la causa 62-21-IN admitida a trámite por las Juezas Constitucionales Karla Andrade Quevedo y Carmen Corral Ponce y el Juez Constitucional Agustín Grijalva Jiménez el 15 de octubre de 2021.
- 1.6 Sobre la base de todo lo expuesto, esta Secretaría General Jurídica presenta el siguiente análisis sobre control constitucional para el caso que nos ocupa.

2. DE LA NORMA IMPUGNADA

- 2.1 En los puntos 2 y 3.2 específicamente y en torno a todo el contenido de la demanda de los accionantes, indican que *“el cuerpo jurídico que señalamos como inconstitucional es*



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966”.

2.2 Según lo expuesto, la pretensión concreta de los Accionantes es

*“En función de los antecedentes de hecho y la argumentación jurídica presentada en este escrito **solicitamos a esta Corte se declare la inconstitucionalidad del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966**, suscrito el 21 de junio de 2021, y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 122 de 16 de julio de 2021, publicado en el Registro Oficial No. 499, Cuarto Suplemento, de 21 de julio de 2021 [...] una vez que se declare la inconstitucionalidad del Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966, se disponga al Presidente de la República del Ecuador, Guillermo Lasso Mendoza, que notifique a la Secretaria del Banco Mundial la denuncia del mismo”.* (énfasis añadido)

2.3 En un primer punto, es importante recalcar que no queda claro si la norma impugnada de inconstitucional es el Decreto 122 o el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados (en adelante “Convenio CIADI”). Esta diferenciación es de extrema importancia ya que, la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional es muy clara en disponer:

*“Art. 74.- Finalidad.- **El control abstracto de constitucionalidad tiene como finalidad garantizar la unidad y coherencia del ordenamiento jurídico** a través de la identificación y la eliminación de las incompatibilidades normativas, por razones de fondo o de forma, entre las normas constitucionales y las demás disposiciones que integran el sistema jurídico”.* (énfasis añadido)

2.4 Por lo tanto Jueza y Jueces Constitucionales, los Accionantes pretenden confundir a sus Autoridades y solicitan declarar inconstitucional a un convenio internacional, que no ha sido emitido por el Presidente de la República, por lo que ocasiona que esta demanda sea rechazada de plano.

2.5 Como se demostrará a continuación, los accionantes presentan argumentos que no responden a la realidad de la emisión del Decreto Impugnado, ni a su objetivo. Las alegaciones expuestas carecen de sustento constitucional por lo que la API resulta improcedente y debe ser desestimada por esta Corte Constitucional.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

3. DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN AL ARTÍCULO 422

3.1 De acuerdo con los accionantes “[1]a prohibición a la que alude el Art. 422 de la Carta Constitucional, implica una limitación a una potestad del Estado soberano”¹ y que, para determinar si la prohibición es aplicable,

[...] *deberán concurrir copulativamente los siguientes elementos:*

1. *Que el tratado o instrumento internacional ceda jurisdicción soberana;*
2. *Que dicha cesión se realice a instancias de arbitraje internacional;*
3. *Que se trate de controversias contractuales o comerciales; y,*
4. *Que dichas controversias tengan lugar entre el Estado y personas naturales o jurídicas.*²

3.2 En el presente caso, debe tomarse en consideración que el efecto del Decreto 122 es solamente ratificar un instrumento internacional y no suscribirlo tal y como supone el artículo 422 de la Constitución. En realidad, si se hace un análisis del Decreto Impugnado, es posible concluir que se dictó sobre la base de la normativa constitucional aplicable.

3.3 En todo caso, incluso en el supuesto planteado por los accionantes se podría hacer un análisis elementos enunciados por el artículo 422 para demostrar que el Decreto Impugnado no es contrario al mismo ya que no se cumple con la condición de que estos concurren copulativamente.

3.4 Es importante tomar en consideración que al parecer, la parte accionante desconoce o pretende desconocer que el Decreto fue emitido de conformidad con el Dictamen No. 5-21-TI/21 de 30 de junio de 2021 por esta Corte Constitucional.

3.5 El mencionado dictamen se emitió en virtud del pedido que realizó el Presidente de la República a la Corte Constitucional para que esta revise, *a priori*, si era necesaria o no la aprobación legislativa. Esta Corte dispuso que el Convenio “**NO se encuentra incurso en los supuestos contenidos en el artículo 419 de la Constitución de la República, por lo**

¹ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 12 de octubre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 94-21-IN. p. 21.

² Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 12 de octubre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 94-21-IN. p. 21.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

cual, no requiere aprobación legislativa ni de dictamen previo y vinculante de constitucionalidad.”³

- 3.6 En el mismo sentido, la Corte Constitucional indicó en su boletín jurisprudencial que *“el Ejecutivo, como no puede ser de otra manera, tiene la facultad de ratificar directamente un tratado internacional cuando no se refiera a uno de los asuntos contemplados expresamente en el art. 419 de la CRE.”⁴*
- 3.7 En virtud de este Dictamen, es que el Presidente de la República, en ejercicio de las facultades conferidas por el artículo 147 de la Constitución, procedió a ratificar el Convenio el 16 de julio de 2021 cumpliendo así con todos los requisitos constitucionales y legales necesarios.
- 3.8 Este antecedente es importante para entender por qué el Decreto 122 no contiene ninguna cláusula o manifestación de cesión de jurisdicción a instancias de arbitraje internacional ya que los actores alegan de manera errónea que *“no cabe la menor duda de que el CIADI es una instancia de arbitraje internacional al que el Ecuador le ha cedido jurisdicción soberana al momento de ratificar y adherirse al Convenio”⁵*.
- 3.9 De acuerdo con el preámbulo del Convenio CIADI, *“la mera ratificación, aceptación o aprobación de este Convenio por parte del Estado Contratante, no se reputará que constituye una obligación de someter ninguna diferencia determinada a conciliación o arbitraje, a no ser que medie el consentimiento de dicho Estado;”*.
- 3.10 Este punto fue analizado dentro el Dictamen 5-21-TI/21 que indicó que *“para someter tales diferencias los Estados signatarios o miembros deben consentir en que una o ciertas disputas sean resueltas bajo dicho marco [...] carácter eminentemente convencional de los métodos alternos de solución de conflictos, que, por regla general, exigen un acuerdo de voluntades o consentimiento para someterse a estos métodos [...]”* por lo que, contrario a lo que alegan los accionantes, la mera ratificación del Convenio a partir del Decreto Impugnado no supone que el Estado cede jurisdicción o competencias propias del orden jurídico interno por lo que los accionantes no han podido demostrar violación alguna al artículo 422 de la Constitución.

³ Corte Constitucional. Dictamen 5-21-TI/21, de 30 de junio de 2021

⁴ Boletín Jurisprudencial De La Corte Constitucional Del Ecuador, agosto 2021, pp. 55–69., <https://www.corteconstitucional.gob.ec/index.php/boletines-jurisprudenciales/2021-19/agosto-18/5281-bolet%C3%ADnagosto2021/file.html>.

⁵ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 12 de octubre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 94-21-IN. p. 31.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4. CONSIDERACIONES SOBRE EL TEXTO DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN

- 4.1 En este punto, es necesario hacer ciertas precisiones sobre los conceptos usados en la API y el entendimiento que los accionantes pretenden dar al artículo 422 de la Constitución.
- 4.2 Conforme el artículo 427 de la Constitución, la interpretación prevalente debe ser aquella que ajuste el tenor literal del texto a la Constitución en su integralidad. Solamente en caso de duda cabe acudir a otras metodologías, incluyendo la búsqueda de la voluntad del constituyente o la interpretación volitiva, las que frente a la claridad de las normas que analizamos, no son necesarias.
- 4.3 La interpretación de la voluntad del constituyente no es igual a la del legislador ordinario. En el caso del legislador ordinario, es correcto buscar su voluntad en las actas de las deliberaciones, sin embargo, en el caso del constituyente, es el texto constitucional el que fue sometido a aprobación del pueblo soberano. El pueblo se pronunció sobre el texto consultado y no sobre las actas de las comisiones, por lo que estas últimas carecen de valor interpretativo.
- 4.4 En el caso del legislador ordinario -poder constituido- éste actúa en virtud del poder que el soberano ha delegado en la Asamblea Nacional, sin que se realice consulta al pueblo. En tal situación, la referencia a los debates, informes y actas tiene utilidad interpretativa. En cambio, en el caso del poder constituyente, éste actuó en su momento por mandato popular para elaborar un Proyecto de Constitución, sin embargo, este Proyecto -producto final de sus deliberaciones- fue sometido a votación a fin de que el pueblo decida aprobarlo o desecharlo. El pueblo se pronunció a favor del texto con un 63,93% de los votos válidos el 28 de septiembre de 2008.
- 4.5 Así, no cabe indagar por la voluntad del Constituyente en las actas de sus comisiones, si éstas no se reflejaron en el texto final que se sometió a aprobación del Soberano. Lo contrario podría significar *-in extremis-* una sustitución⁶ del texto de la constitución.

⁶ Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss.(Henao, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013). Sobre la teoría de la sustitución constitucional puede verse: Bernal-Pulido, Carlos. Fundamentación y significado de la doctrina de la sustitución de la Constitución. Un análisis del control de constitucionalidad de las reformas a la Constitución de Colombia, en Diálogos constitucionales de Colombia con el mundo. VII Encuentro



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

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

Se exceptúan los tratados e instrumentos internacionales que establezcan la solución de controversias entre Estados y ciudadanos en Latinoamérica por instancias arbitrales regionales o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios. No podrán intervenir jueces de los Estados que como tales o sus nacionales sean parte de la controversia.

En el caso de controversias relacionadas con la deuda externa, el Estado ecuatoriano promoverá soluciones arbitrales en función del origen de la deuda y con sujeción a los principios de transparencia, equidad y justicia internacional. (los resaltados me corresponden)

- 4.7 Considerando que el artículo 190 de la Constitución reconoce al arbitraje y otros medios de solución alternativa de conflictos expresamente, la prohibición establecida en el artículo 422 objeto de análisis es una excepción a tal regla. Es decir, puede pactarse libremente arbitraje internacional salvo que se verifiquen los supuestos de dicho artículo 422.
- 4.8 De la redacción del artículo 422 se extraen los siguientes supuestos que deben cumplirse para encontrarse dentro de tal prohibición excepcional:

- a. **Debe tratarse de un tratado o instrumento internacional.-** La regla es clara al indicar que “*No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales...*”, por lo que no se incluye en la prohibición ninguna otra fuente de Derecho Internacional Público, ni tampoco fuentes de derecho doméstico.
- b. **Debe referirse a controversias Estado – Privados.-** La redacción del primer párrafo del art. 422 se refiere exclusivamente a ciertas disputas “*entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas*”, por lo que están excluidas de la

de la Jurisdicción Constitucional. 400 y ss.(Henoa, Juan Carlos ed., Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 2013).



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

prohibición las controversias Estado-Estado, así como las disputas entre privados.

- c. **El tratado o instrumento debe incluir una cesión de soberanía a instancias de arbitraje internacional.**- La redacción del texto se refiere a aquellos tratados o instrumentos “*en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional*” en ciertas materias específicas.
- d. **Las controversias deben ser contractuales o de índole comercial.**- Pues el texto se refiere exclusivamente a “*controversias contractuales o de índole comercial*”.

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

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

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

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

4.12 La complejidad de la materia no excluye la primacía de la interpretación literal, sino que remite a su utilización como términos especializados o de uso del arte⁷. Por esta razón, los conceptos expresados en el artículo deben analizarse conforme su entendimiento técnico.

⁷ Tal interpretación es común en la legislación ecuatoriana, por ejemplo, consta en las reglas de interpretación judicial previstas en el Título Preliminar del Código Civil, que dice: “**Art. 18.**- *Los jueces no pueden suspender ni denegar la administración de justicia por oscuridad o falta de ley. En tales casos juzgarán atendiendo a las reglas siguientes: (...) 3. Las palabras técnicas de toda ciencia o arte se tomarán en el sentido que les den los que profesan la misma ciencia o arte, a menos que aparezca claramente que se han tomado en sentido diverso.*”



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

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

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

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

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

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

4.13.1.5 Esta posición es acorde a la definición de “*tratado*” contenida en la Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados⁸.

4.13.2 El alcance de los términos “*Jurisdicción Soberana*”.

4.13.2.1 El argumento central de las accionantes respecto del art. 422 es que existiría “cesión de jurisdicción soberana”, para ello es esencial determinar si un Estado tiene “*jurisdicción soberana*” sobre un determinado tipo de conflictos.

⁸ La referida convención define a los Tratados diciendo: “*Términos empleados. 1. Para los efectos de la presente Convención: a) se entiende por "tratado" un acuerdo internacional celebrado por escrito entre Estados y regido por el derecho internacional, ya conste en un instrumento único o en dos o más instrumentos conexos y cualquiera que sea su denominación particular*”



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.13.2.2 El concepto de “*jurisdicción soberana*” es un concepto de Derecho Internacional Público relativo a la potestad normativa de los Estados con respecto a sus circunscripciones territoriales. La *inmunidad soberana* del Estado se basa en los principios de soberanía, igualdad e independencia, y, en buenas cuentas, impide que otros Estados ejerzan jurisdicción sobre los actos que realice un Estado en ejercicio de su potestad soberana, o sobre los bienes de los que es titular y utiliza en virtud de tal potestad⁹.
- 4.13.2.3 Los Estados tienen sin duda jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos dentro de su territorio, pero no tienen jurisdicción soberana sobre los conflictos surgidos con otros Estados. Esto lo reconoce la Constitución ecuatoriana en su artículo 416 al referirse a la independencia e igualdad jurídica de los Estados.
- 4.13.2.4 En esencia, esta “*jurisdicción soberana*” de los Estados -como sujetos de derecho internacional- puede entenderse entonces como la prohibición de que un Estado pueda juzgar a otro Estado -o sus nacionales- en sus propias cortes locales, sin su consentimiento.
- 4.13.2.5 Sin embargo, tal inmunidad de jurisdicción no es absoluta, debiendo distinguirse los actos realizados por el Estado en uso de su soberanía (*acta iure imperii*) de los actos propios de las actividades de gestión y administración (*acta iure gestionis*).
- 4.13.2.6 Lo contrario -que un Estado sólo deba ser juzgado en sus propias cortes, o Doctrina Calvo- ha quedado abandonado por el derecho internacional público moderno, justamente, por el surgimiento de un orden jurídico internacional que obliga a los Estados a responder por el incumplimiento de sus obligaciones internacionales¹⁰.
- 4.13.2.7 Justamente, el Derecho Internacional Público ha creado una serie de órganos internacionales para solución de controversias relacionadas con los Estados, mediante la suscripción de Convenios, Convenciones, Tratados y similares cuya celebración es en sí misma una expresión soberana del consentimiento de un Estado como sujeto de Derecho Internacional.
- 4.13.2.8 Así, sería errado interpretar que el Estado Ecuatoriano ha cedido *jurisdicción soberana* al celebrar convenios por los que se crean instancias internacionales de

⁹ Diez de Velasco, Manuel, *Instituciones de Derecho Internacional Público*, 2006, p. 299.

¹⁰ Molteni, Atilio, *La Responsabilidad Internacional del Estado*, Lecciones y Ensayos, 1964, p. 44



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

resolución de conflictos, por ejemplo, ante la Corte Interamericana de Derechos Humanos o la Corte Penal Internacional.

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

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

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

4.13.3 El alcance de los términos “controversias contractuales o de índole comercial”.

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

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

4.13.3.3 En cambio, la distinción entre lo que es “*comercial*” y lo que no lo es, resulta debatible. La anterior conformación de la Corte Constitucional sostuvo que los Tratados Bilaterales de Inversiones comprometen “*al país en acuerdos de integración y de comercio, al abordar una temática relacionada directamente al ámbito comercial, como es la de inversiones*”¹¹. Esto es errado.

¹¹ Corte Constitucional, Dictamen No. 043-10-DTI-CC del Caso 0013-10-TI, publicado en RO (S) 359 de 10 de enero de 2011



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

4.13.3.4 Decimos que es errado pues es muy distinto el “*arbitraje de inversiones*” del “*arbitraje comercial*”, se trata de dos materias distintas, conformadas por legislaciones distintas, precedentes jurisprudenciales distintos y doctrinas distintas.

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

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

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

4.13.3.8 Los tribunales arbitrales han establecido reiteradamente una serie de requisitos para considerar que una controversia versa sobre inversiones y no sobre meras transacciones comerciales. Doctrinariamente, este análisis se conoce como “*test Salini*”, por haberse originado en el caso *Salini v. Marruecos*¹² requiriéndose que para que una transacción califique como inversión debe cumplirse con: i) Una contribución económica, ii) Que tenga una considerable duración, iii) En la que el inversionista participe en el riesgo de la transacción, y, iv) Que signifique una contribución al desarrollo económico del Estado receptor.

¹² *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



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.13.3.9 Estas consideraciones permiten distinguir, por ejemplo, que una empresa que vende maquinarias a un Estado o Empresa Estatal realiza una transacción comercial, mas no una inversión. Por otro lado, si tal empresa obtiene una concesión y participa de un contrato de producción compartida, efectivamente realiza una inversión pues es partícipe del *riesgo*¹³.
- 4.13.3.10 Sobre esta distinción, vale también referirse a que aún las fuentes de las obligaciones jurídicas y del convenio arbitral son distintas en el arbitraje comercial y el arbitraje de inversiones.
- 4.13.3.11 En el caso del arbitraje comercial internacional, éste se origina generalmente en una fuente contractual sujeto a la legislación privada comercial -sea local o internacional-, la costumbre y las reglas escogidas por las partes (Ej. UNIDROIT, CCI, etc.).
- 4.13.3.12 En cambio, en el caso del arbitraje internacional de inversiones, éstas se originan en disposiciones de derecho internacional público, como son los tratados bilaterales de inversiones, y la sujeción a arbitraje no proviene necesariamente de un contrato, sino de la oferta unilateral de parte del Estado receptor por medio de un Tratado Bilateral de Inversiones que abarca a cualquier inversionista que cumpla con las condiciones determinadas en dicho tratado.
- 4.13.3.13 Esta distinción también afecta a la naturaleza de la responsabilidad que se deriva de un laudo en materia de arbitraje comercial o en materia de arbitraje de inversiones, así, en el caso del arbitraje comercial la responsabilidad de la parte incumplida es generalmente civil contractual, mientras que en el arbitraje de inversiones la responsabilidad es internacional del Estado por el incumplimiento de una obligación de derecho internacional público.

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

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

¹³ Ejemplo tomado de R. Doak Bishop, James Crawford, W. Michael Reisman. (2005). Foreign investment disputes. La Haya: Kluwer Law International.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

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

4.13.5 CONCLUSIONES SOBRE LA INTERPRETACIÓN LITERAL DEL ART. 422 CONSTITUCIONAL:

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

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

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

Tabla 1 – Criterios que debe cumplir un Tratado para estar sujeto a la prohibición del art. 422 inciso 1 de la Constitución
a. Debe regular disputas de derecho local
b. Debe referirse a controversias contractuales o comerciales
c. Debe referirse a disputas entre el Estado y un tercero privado
d. El Tratado debe incluir una cláusula arbitral como método de disputas de derecho local, renunciándose a las cortes nacionales.
e. El arbitraje pactado debe ser de naturaleza internacional.

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



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 4.13.5.5 Estos supuestos, más que referirse a los que conocemos como “TBI” (BITS en inglés), parecen referirse a los que en doctrina se conocen como “TBA”, Tratados Bilaterales de Arbitraje (BATS, en inglés), en los que dos Estados celebran un tratado bilateral a efectos de que todas las controversias comerciales de cierta categoría entre sus nacionales se resuelvan, por defecto, como arbitraje comercial internacional, excluyendo a los tribunales ordinarios de ambas partes¹⁴.
- 4.13.5.6 Aun en este supuesto, tal Tratado estaría sujeto a la excepción del párrafo segundo del artículo 422, que permite -aun en estos supuestos- pactar arbitraje en instancias regionales latinoamericanas (*arbitraje administrado con sede regional*) o por órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios (*arbitraje ad-hoc*).
- 4.13.5.7 Por lo expuesto, se concluye claramente que las alegaciones de las accionantes respecto de este artículo 422 son absolutamente improcedentes, pues las mismas plantean una interpretación errada y absolutista de prohibición total del arbitraje internacional para el Estado, que, evidentemente, no se corresponde al texto constitucional.
- 4.13.5.8 El Estado puede -como en efecto lo hace- suscribir convenios arbitrales, requiriendo la autorización de la Procuraduría General del Estado. Lo que se encuentra habilitado expresamente por el art. 190 de la Constitución.
- 4.13.5.9 Basta la lectura de estas normas para desechar la API objeto de este pronunciamiento.
- 4.13.5.10 Por otra parte y no como sostienen los Accionantes, la norma impugnada pretende fortalecer la participación del Estado de forma previa a la suscripción de un convenio arbitral y a la par fortalecer y garantizar la seguridad jurídica.

5. DE LA SUPUESTA VIOLACIÓN A OTRAS DISPOSICIONES CONSTITUCIONALES

- 5.1 Es importante mencionar que del libelo de la demanda no queda claro cómo se estarían vulnerando otras disposiciones constitucionales, ya que la parte accionante no emite una argumentación clara y detallada de aquello.

¹⁴ BITS, BATS and BUTs: Reflections on International Dispute Resolution, University of Pennsylvania Law School, 28 April 2014.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

- 5.2 Sin embargo, a breves rasgos se indica que el Decreto Impugnado contravendría el artículo 339 de la Constitución ya que la inversión extranjera debe sujetarse al marco jurídico y regulaciones ecuatorianas, además que se debe priorizar la inversión nacional sobre la extranjera.
- 5.3 Al respecto, se debe señalar que el Decreto 122 no contraviene, de ninguna manera, el artículo 339 de la Constitución ni los accionantes han podido presentar argumentos que lo demuestren. El Convenio no interfiere en la normativa local y esto ha sido corroborado por el Dictamen No. 5-21-TI/21 de esta Corte que indica que

*37. Por otra parte, es importante recordar que el control constitucional o dictámenes de esta Corte se efectúan caso a caso y de acuerdo al contenido de los tratados. En el presente caso, de forma general, **no se observa que en el Convenio se esté atribuyendo competencias propias del orden jurídico interno**; descartándose el presupuesto normativo previsto en el numeral 7 del artículo 419 de la Constitución. (énfasis añadido)*

- 5.4 El Decreto Impugnado cumplió desde un inicio con los requisitos establecidos en la Constitución, en especial que la Corte Constitucional autorizó al Presidente a ratificar el Convenio. Asimismo, se debe tomar en cuenta que, contrario a lo indicado por los accionantes, el Decreto 122 es un reflejo del artículo 339 ya que este promueve las inversiones. Se debe tomar en consideración que una de las obligaciones del Estado es promover la inversión lo cual se puede ver materializado con la ratificación del Convenio.
- 5.5 Adicionalmente, de acuerdo con los accionantes, “[e]l convenio CIADI y el Sistema de Protección de Inversiones Estado-Inversor son incompatibles con la obligación estatal de priorizar la inversión nacional”¹⁵ por dos razones principales. Primero, porque supuestamente “se les permite extrapolar sus controversias con el Estado a instancias de arbitraje internacional de manera directa sin que sea necesario agotar los recursos o instancias locales”¹⁶ y segundo porque “se concede a los inversionistas extranjeros la posibilidad de acceder a un ordenamiento jurídico paralelo”.¹⁷
- 5.6 Sobre el primer punto, además que lo señalado en la sección anterior respecto de que el Decreto Impugnado no constituye una obligación para acudir a arbitraje a menos que

¹⁵ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 12 de octubre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 94-21-IN. p. 38.

¹⁶ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 12 de octubre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 94-21-IN. p. 38.

¹⁷ Demanda de acción pública de inconstitucionalidad presentada el 12 de octubre de 2021 ante la Corte Constitucional del Ecuador. Causa No. 94-21-IN. pp. 38-39.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

exista la voluntad del Estado para hacerlo, se debe tomar en consideración que no es necesario agotar recursos ni instancias locales para acudir a arbitraje tal y como señala la contraparte.

- 5.7 De hecho, el arbitraje es un método alternativo de solución de conflictos de acuerdo con el reconocimiento otorgado por el artículo 190 de la Constitución por lo que no es correcto alegar que deben agotarse las instancias locales para acudir al mismo. Esto solamente desconoce la naturaleza y característica del arbitraje de ser alternativo ya que este no depende de la justicia ordinaria para existir, sino que lo hace a raíz del reconocimiento constitucional del artículo 190.
- 5.8 En este mismo sentido, sobre la creación de un régimen jurídico paralelo, el Decreto 122 no atenta contra la Constitución ya que no es discriminatorio. Contrario a lo que alegan los accionantes, no se está creando un régimen adicional ya que como se ha analizado en toda esta contestación, es una figura que se encuentra contemplado en la Constitución de la República.

6. CONCLUSIONES

- 6.1 Los accionantes no han demostrado como el Decreto 122 supuestamente contravendría la Constitución. Al contrario, por la argumentación expuesta en los acápite anteriores, queda demostrada la inexistencia de violación a norma constitucional alguna, considerando además a la insuficiente justificación de los accionantes para desvirtuar la presunción de constitucionalidad del articulado impugnado.
- 6.2 El análisis que esta Corte debe realizar respecto del Decreto Impugnado es si este cumple o no con los requisitos para su emisión sobre la base de la Constitución, la ley y se ha demostrado que su emisión se hizo sobre la base de la normativa constitucional y el Dictamen No. 5-21-TI/21 de esta Corte. Así, el asunto se encuentra ya juzgado.
- 6.3 Finalmente, respetuosamente manifestamos que la inconstitucionalidad normativa debe ser aplicada como último recurso en estricto apego al principio *in dubio pro legislatore*, y a lo ordenado en los números 2, 3 y 6 del artículo 76 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional por lo que se solicita a su Autoridad deseche de plano la demanda de inconstitucionalidad.



PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA DEL ECUADOR

7. AUTORIZACIONES Y NOTIFICACIONES

- 7.1 Autorizo a los abogados Isabel Noboa Nowak, Carla Guerra Barreiro, Yolanda Salgado Guerrón, María Mercedes Idrovo, Hugo Aguiar Lozano, Joaquín Ponce Díaz y Roberto Andrade Malo; Asesores de esta Secretaría General Jurídica, para que intervengan y suscriban cuanto escrito fuere necesario.
- 7.2 Notificaciones que nos correspondan, las recibiremos en el casillero constitucional No. 001, así como en los correos electrónicos sgj@presidencia.gob.ec y nsj@presidencia.gob.ec.

Fabián Pozo Neira
Secretario General Jurídico
PRESIDENCIA DE LA REPÚBLICA