

1

NATIONAL UNIVERSITY OF SINGAPORE
FACULTY OF LAW



Professor M Sornarajah
Emeritus Professor of Law

Telephone : 6516-3614
Fax: 6779-0979
Email: lawsorna@nus.edu.sg

Eu Tong Sen Building
469G Bukit Timah Road
Singapore 259776

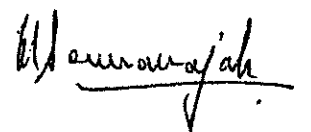
Yo, Muthucumaraswamy Sornarajah, Profesor Emérito de Derecho de la Universidad Nacional de Singapur, presento mis humildes saludos a los Honorables Jueces de la Corte Constitucional del Ecuador.

Soy un experto en derecho internacional público relativo a la inversión extranjera. Soy el autor del libro titulado *International Law on Foreign Investment*, publicado por Cambridge University Press. La quinta edición de este texto será publicada este año. Tengo varias otras obras sobre el derecho público internacional. Sobre la base de estas obras, me fue otorgado el título de Doctor en Derecho por parte de la Universidad de Londres. He formado parte de varios tribunales de arbitraje de inversión llevados a cabo en la Corte Permanente de Arbitraje, el Centro Internacional de Arreglos de Disputas Relativas a Inversiones y otras instituciones de arbitraje. En vista de mi experiencia y conocimientos, quisiera expresar esta opinión con relación al criterio de permitir arbitrajes inversionista-estado en los tratados de inversión que suscriba el Ecuador. La Corte tiene el poder para prevenir que se suscriban tales tratados amparándose en el artículo 422 de la Constitución. En mi humilde opinión, la Corte debe ejercer este poder. A continuación, declaro las razones que fundamentan mi opinión.

Quisiera llamar la atención de la Honorable Corte al hecho que muchos países en el mundo están saliendo del tipo de arbitraje que está contemplado en los tratados bilaterales de inversión que el Ecuador había suscrito en el pasado.

Las razones que lo motivan son:

- (i) el parecer general que el conjunto de árbitros que participan en el arbitraje de inversiones han habitualmente mostrado sesgo a favor de los inversionistas extranjeros, generalmente realizando una interpretación amplia de las provisiones de los tratados, base sobre la cual se han otorgado grandes cantidades de dinero en calidad de indemnización.



- (ii) el parecer que sería violatorio de los derechos constitucionales de los ciudadanos el hecho que se privilegie al inversionista extranjero al facultarle litigar en contra del estado sobre una materia que es exclusivamente territorial, cuando el ciudadano está restringido a recursos en las cortes nacionales. Esto viola el principio de igualdad.
- (iii) La transferencia de la competencia judicial del estado a un órgano externo es inherentemente inconstitucional.
- (iv) Actualmente ocurre una crisis de legitimidad con el sistema de tratados de inversión y de arbitraje de inversión. Con relación a los tratados de inversión, la crisis resulta de creciente evidencia económica que los tratados de inversión no promueven el flujo de inversiones extranjeras hacia estados en vías de desarrollo como lo daban a entender las instituciones financieras internacionales. La soberanía se sacrifica sin un suficiente quid pro quo.
- (v) Con relación al arbitraje de inversión, la objeción es a las interpretaciones descomunales de los tratados de inversión con el fin de promover la protección de las inversiones. Estas interpretaciones van más allá de la intención de los estados que suscriben los tratados.

Consecuentemente, los estados han denunciado los tratados vigentes o han suscrito tratados que no contienen al arbitraje inversionista-estado como mecanismo de solución de controversias.

- (i) Sudáfrica ha denunciado todos sus tratados de inversión. Los ha remplazado exclusivamente con legislación nacional y con solución de controversias por parte de las cortes nacionales.
- (ii) La Unión Europea, al suscribir tratados, ha indicado que resolvería controversias mediante cortes permanentes establecidas amparadas en tratados y que se encomendará a establecer una corte internacional en materia de inversiones.
- (iii) El Pacto Económico Integral Regional, un acuerdo entre China, India, Australia, Nueva Zelanda y los países de ASEAN han excluido completamente el arbitraje inversionista-estado.
- (iv) India ha denunciado sus tratados. Tiene un nuevo modelo de tratado en el que se permite arbitraje solamente sobre la base de denegación de justicia. Cambodia ha adoptado el modelo de la India.
- (v) Indonesia ha denunciado sus tratados.
- (vi) Estados Unidos tiene un tratado modelo (2012) con amplias defensas de responsabilidad. Hay continua referencia de excluir el arbitraje inversionista-estado por parte de los líderes de ambos partidos estadounidenses.
- (vii) Japón y Corea del Sur han excluido el arbitraje inversionista-estado en sus nuevos tratados.

Ha emergido un amplio consenso en contra del arbitraje inversionista-estado. Las implicaciones adversas de tales tratados para el Ecuador son claras por los desarrollos indicados y por la historia pasada del Ecuador con relación a los tratados de inversión.

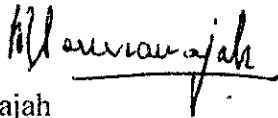
M. L. ...

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.

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.

En el contexto de la situación presente, la decisión ilustrada sería asentir que la transferencia de estas competencias judiciales a un tribunal externo no corresponde a los intereses del Ecuador.

Agradezco a la Honorable Corte por la oportunidad de formular mi opinión.



M. Sornarajah

NATIONAL UNIVERSITY OF SINGAPORE
FACULTY OF LAW



Professor M Sornarajah
Emeritus Professor of Law

Telephone : 6516-3614
Fax: 6779-0979
Email: lawsorna@nus.edu.sg

Eu Tong Sen Building
469G Bukit Timah Road
Singapore 259776

I, Muthucumaraswamy Sornarajah, Emeritus Professor of Law, National University of Singapore, present my humble greetings to the Honourable Judges of the Constitutional Court of Ecuador.

I am an expert on the public international law on foreign investment. I am the author of *The International Law on Foreign Investment* published by the Cambridge University Press. A fifth edition of the book will be published this year. I have several other writings on public international law. On the basis of these writings, I was conferred the degree of Doctor of Laws by the University of London. I have sat on several investment arbitrations conducted by tribunals of the Permanent Court of Arbitration, the International Centre for the Settlement of Investment Disputes and other arbitral institutions. In the light of my experience and knowledge, I wish state this opinion as to the wisdom of permitting investment arbitration in the investment treaties Ecuador makes. The Court has the power to prevent the making of such treaties under Article 422 of the Constitution. It is my humble opinion that the Court should exercise this power. I state the reasons for my opinion below.

I wish to draw the Honourable Court's attention to the fact that many countries in the world are withdrawing from the type of arbitration that is contemplated in bilateral investment treaties of the type that Ecuador had entered into.

The reasons for this are

- (i) a general belief that the body of arbitrators who engage in investment arbitration have routinely shown bias in favour of foreign investors, often giving exorbitantly wide interpretation to the provisions of the treaties on which basis large sums of money are awarded as compensation.
- (ii) a belief that it would be in violation of constitutional rights of citizens to privilege the foreign investor by enabling him to litigate against the state a

Muthucumaraswamy Sornarajah

matter that is exclusively territorial, when the citizen himself is confined to remedies before the domestic courts. This violates the principle of equality.

- (iii) The transfer of judicial power of the state to an external body is inherently unconstitutional.
- (iv) There is currently a legitimacy crisis occurring with the system of investment treaties and investment arbitration. As regards investment treaties, the crisis results from increasing economic evidence that investment treaties do not promote the flow of foreign investments into developing states as suggested by international financial institutions. Sovereignty is sacrificed without a necessary quid pro quo.
- (v) As regards investment arbitration as indicated, the objection is to the extraordinary interpretations placed on investment treaties so as to promote investment protection. These interpretations go well beyond the intention of the states making the treaties.

Consequently, states have withdrawn from existing treaties or made treaties which do not refer disputes to investment arbitration.

- (i) South Africa has terminated all its investment treaties. It has replaced them exclusively with domestic legislation and dispute resolution by domestic courts.
- (ii) The European Union, while making treaties, has indicated that it would settle disputes through permanent courts set up under treaties and work towards an international court on investments.
- (iii) The Regional Comprehensive Economic Pact, a Pact between China, India, Australia, New Zealand and the ASEAN states has left out investment arbitration altogether.
- (iv) India has terminated its treaties. It has a new model treaty which permits arbitration only on the basis of a denial of justice. Cambodia has adopted the Indian model.
- (v) Indonesia has terminated its treaties.
- (vi) The United States has a model treaty (2012) which contains broad defences to liability. There is continuous reference to leaving out investor-state dispute settlement (isds) by leaders of both US parties.
- (vii) Japan and Korea have left out isds in their new treaties.

There is an emergence of widespread consensus against investment arbitration. The adverse implications of such treaties for Ecuador are clear from the above developments and from the past history of Ecuador in relation to the investment treaties.

Article 422 of the Ecuador Constitution is specifically aimed at transferring judicial power to an overseas arbitral tribunal in respect of "contractual or commercial disputes". Investment treaties involve contractual disputes. Foreign investments are initiated on the basis of contracts made either between private parties or between a foreign party and the state or its agency. They are also commercial in character as they usually involve the transfer of ownership over natural resources or the provision of services in respect of a project. The fact that they

Morruan y ab

involve long term transactions does not affect their contractual or commercial character. Article 422, therefore, entrusts the Constitutional Court with power to prevent the making of investment treaties.

The law applicable to foreign investment transactions is the domestic law of Ecuador in whose territory the transaction is performed. The investment treaty attempts to locate the law in the international sphere. This displaces the law of Ecuador and works to the detriment of the interests of Ecuador. The application of international law by an external tribunal to an inherently Ecuadorian transaction in respect of Ecuadorian natural resources is an affront to the sovereignty of Ecuador. Studies increasingly show that there is no merit in the view that investment treaties promote the flow of foreign investments.

In the context of present developments, the wise course would be to recognise that the transference of such judicial power to an external tribunal is not in the interests of Ecuador.

I thank the Honourable Court for this opportunity to state my opinion.

M. Sornarajah 