



Caso No. 0002-18-IC

Juez ponente: **Dr. Hernán Salgado Pesantes**

SEÑORES JUECES CONSTITUCIONALES:

Dr. Pablo Agustín Zambrano Albuja, de nacionalidad ecuatoriano, con cédula de ciudadanía No. 1707216220, de estado civil casado, mayor de edad, domiciliado en la ciudad de Quito, en mi calidad de Presidente Ejecutivo y como tal Representante Legal de la CÁMARA DE INDUSTRIAS Y PRODUCCIÓN (en adelante la “Cámara”), tal como se desprende del documento que adjunto a la presente, en referencia a la acción de interpretación al inciso primero del artículo 422 de la Constitución de la República signado con el No. 0002-18-IC, amparado por lo previsto en el Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, presento el siguiente AMICUS CURIAE:

1. LEGITIMACIÓN ACTIVA:

1.1. La Cámara de Industrias y Producción es una entidad gremial sin fines de lucro, cuyos objetivos -entre otros- son el propender al fortalecimiento del sector empresarial, defender y fomentar los principios políticos, económicos y sociales del sistema de libre empresa, y la efectiva vigencia y respeto de los valores éticos dentro del sector productivo.

1.2. Nuestro interés en la solicitud de dictamen constitucional de interpretación del inciso primero del artículo 422 de la Constitución de la República, signado con el No. 0002-18-IC, se debe a que la definición que se adopte en este caso provocará efectos en la generación de inversión extranjera, la cual constituye uno de los principales mecanismos que refuerza la economía de los sectores productivos y estratégicos del país. Por tal razón, para favorecer la atracción de nueva inversión es indispensable que se determine la constitucionalidad de los instrumentos y tratados internacionales que tienen como objetivo dotar de seguridad jurídica a las inversiones que se desarrollan en el marco de la cooperación internacional.

1.3. El Art. 12 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, establece que cualquier persona o grupo de personas con legítimo interés en una causa,

pueden presentar un escrito de *amicus curiae*, mismo que debe ser admitido dentro del expediente para resolver hasta antes de la sentencia.

1.4. De conformidad con la norma legal antedicha, la comparecencia de la Cámara por mi representada se encuentra plenamente legitimada, toda vez que se enmarca dentro de la legislación vigente.

2. ANTECEDENTES:

2.1. Con fecha 16 de agosto de 2018, la señora Elizabeth Enriqueta Cabezas Guerrero, entonces Presidenta de la Asamblea Nacional del Ecuador, presentó una acción de interpretación, solicitando a la Corte Constitucional emita dictamen constitucional de interpretación del inciso primero del artículo 422 de la Constitución de la República, cuyo tenor literal transcribo a continuación:

“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. (...)”

2.2. Con fecha 16 de agosto de 2019, el Tribunal se la Sala de Admisión de la Corte Constitucional, conformado por los jueces constitucionales Carmen Corral Ponce, Daniela Salazar Marín y Hernán Salgado Pesantes, avocó conocimiento de la acción de interpretación signada con el número 0002-18-IC y resolvió admitir a trámite la acción de interpretación antedicha.

2.3. El fundamento de la acción se centra en la inexistencia de una norma legal que desarrolle el alcance de la prohibición contenida en el inciso primero del artículo 442, referente a la imposibilidad de celebrar tratados e instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial.

2.4. En el pasado, la Corte Constitucional para el período de transición, mediante dictámenes declaró la inconstitucionalidad de varias de las cláusulas de solución de diferencias entre inversionistas y el Estado contenidas en los denominados Tratados



Bilaterales de Inversión suscritos por el Ecuador, y recalcó la prohibición constitucional de celebrar tratados, en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial.

2.5. Desde entonces, se ha confundido la inconstitucionalidad de la totalidad de los Tratados Bilaterales de Inversión con la inconstitucionalidad únicamente de aquellas cláusulas de solución de disputas que abarquen controversias de índole contractual y comercial; lo cual ha ocasionado que las negociaciones en la suscripción de nuevos tratados internacionales de inversión se encuentren detenidas, y que la atracción de inversiones al país se dificulte.

2.6. Considerando que los Tratados de Protección de Inversiones son instrumentos que tienen una connotación única dentro del campo económico, es necesario que la Corte Constitucional interprete el primer inciso del artículo 422 de la Carta Magna ecuatoriana, respecto a la posibilidad de que el Estado ecuatoriano celebre tratados e instrumentos internacionales, cuyas controversias puedan someterse a instancias de arbitraje internacional, cuando estas no versen sobre cuestiones contractuales y comerciales.

3. ARGUMENTOS DE HECHO Y DERECHO

a) Dictámenes previos.-

3.1. La Corte Constitucional para el período de transición, emitió un dictamen de constitucionalidad¹ respecto al “Acuerdo entre el Gobierno del Reino de Suecia y el Gobierno de la República del Ecuador para la promoción y protección recíproca de inversiones”. En la parte pertinente de dicho dictamen, los entonces magistrados sostuvieron lo siguiente:

“(...) Vale enfatizar que el artículo 422 de la Constitución de la República es concluyente al determinar expresamente la prohibición de que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, que inclusive vulneraría el principio de supremacía constitucional respecto a que podrían generarse controversias en cuanto a la aparente aplicación de normas más favorables a las inversiones, pero en contradicción con la Constitución de la República,

¹ Dictamen No. 029-10-DTI-CC, Pleno de la Corte Constitucional para el período de transición, R.O. 294-S, 6-X-2010.



más aún respecto al efecto obligatorio que otorga este Acuerdo Internacional a cualquier laudo arbitral. (...)

3.2. La sección citada del dictamen analizado declaró como inconstitucional a la totalidad de acuerdos internacionales en lo que respecta a la solución de controversias; cuando lo correcto hubiere sido declarar la inconstitucionalidad de las cláusulas de los instrumentos y acuerdos internacionales en los cuales las controversias relacionadas exclusivamente sobre materia contractual y comercial se tuvieran que ventilar por arbitraje internacional.

3.3. Al respecto, es importante observar que la propia Corte Constitucional sostuvo que *“dado que solo ciertos artículos del instrumento internacional están en contradicción con el texto constitucional, esta Corte considera que no es menester denunciar todo el tratado internacional, sino exclusivamente los artículos que no guardan armonía con el texto constitucional, previniendo al órgano legislativo que dentro de aquel instrumento internacional es muy importante determinar los mecanismos de solución de las diferencias, los mismos que deben establecerse de común acuerdo entre las partes contratantes, pero respetando los preceptos constitucionales”*. En concordancia, el dictamen de inconstitucionalidad de la Corte Constitucional no implicaba únicamente la denuncia del Tratado, sino que permitía la renegociación de este².

3.4. La interpretación contenida en el dictamen en cuestión, generó un cerco negativo para la suscripción de Tratados Bilaterales de Inversiones, los cuales por el solo hecho de contener una cláusula de solución de controversias³, sin detrimento de si abordan cuestiones comerciales o contractuales, se tienen por inconstitucionales.

b) Perjuicio generado.-

3.5. El sesgo ocasionado en contra de los tratados y acuerdos internacionales cuyas controversias se remitan a arbitraje ha partido de una interpretación sesgada e incorrecta del

² Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, artículo 112.- Efectos de las sentencias y dictámenes: Las sentencias y dictámenes correspondientes tendrán los mismos efectos de las de constitucionalidad abstracta en general, y en particular, los siguientes: (...)

4. Cuando se declara la inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado, el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente, la orden de promover la renegociación del tratado, o promover la enmienda, reforma o cambio constitucional.

³ Sentencia No. 029-10-DTI-CC, Pleno de la Corte Constitucional, R.O. 294-S, 6-X-2010, al decir que: “La solución de controversias entre un inversionista y la Parte Contratante receptora de la inversión, que constituye un Estado, en los asuntos que regulan estos tratados, por mandato constitucional no podrían someterse a un tribunal de arbitraje internacional (...)”





Art. 422 de la Constitución de la República. Así, consideramos que el Estado ecuatoriano sí puede suscribir un acuerdo o instrumento internacional –particularmente un Tratado Bilateral de Inversiones– siempre que las controversias (no relacionadas con materia contractual y comercial) que se deriven de este puedan someterse a arbitraje internacional.

3.6. En tal sentido, es necesario que la nueva Corte Constitucional realice una interpretación específica del artículo 422 de la Constitución, que favorezca la celebración de acuerdos e instrumentos internacionales en materia de inversiones, siempre que contemplen cláusulas de solución de controversias que no versen sobre asuntos comerciales o contractuales.

c) Celebración de Tratados de Protección de Inversiones y Convenios de Inversión en apego de la norma constitucional.-

3.7. El artículo 422 de la Constitución ordena lo siguiente:

“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.” (El subrayado me pertenece)

3.8. De la literalidad de la norma constitucional se desprende que:

- i) Existe una imposibilidad de celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional **-únicamente-** cuando la disputa verse sobre un acuerdo comercial o un contrato;
- ii) No existe limitación alguna respecto a aquellos tratados en los cuales no se abarque disputas o controversias comerciales o contractuales;
- iii) Tampoco existe limitación ante una controversia que derive de un tratado que no verse sobre materia comercial o contractual; y, en el cual tal diferencia sí puede ser resulta en instancias de arbitraje internacional;

- iv) En todo caso, las controversias contractuales o de índole comercial pueden pactarse ante instancias arbitrales regionales, o ante órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

3.9. Contrario a lo que se puede alegar de que “toda inversión extranjera que busca la suscripción de un Tratado Bilateral de Inversión se perfecciona de forma contractual”,⁴ es necesario precisar que los Tratados de Protección de Inversiones tienen como principal objetivo la protección de las inversiones que un Estado, una sociedad o un particular de dicho Estado efectué en el territorio del otro Estado signatario.⁵

3.10. Por lo tanto, los Tratados Bilaterales de Inversiones tienden a establecer los parámetros o estándares internacionales que las partes se comprometen a cumplir y que no responden a cuestiones comerciales ni mucho menos contractuales, porque el término “comercial” jamás podría ser intercambiable con el término de “inversiones”.

3.11. Es por ello, que para que un conflicto pueda ser resuelto en arbitraje internacional es indispensable que la disputa no recaiga en asuntos comerciales o contractuales, pues solo así el Tribunal Arbitral podrá declararse competente en razón de la materia, en tanto se trata de un “arbitraje sin vínculo contractual.”⁶

3.12. Los tratados de inversión garantizan compromisos al margen del derecho internacional, lo que conlleva a la responsabilidad internacional de aquel Estado que violente cualquiera de las disposiciones contenidas en el instrumento en virtud del principio *pacta sunt servanda*⁷, y no de la responsabilidad por incumplimientos a la normativa local de un Estado en particular, como sucede en las disputas derivadas de acuerdos o contratos comerciales.

3.13. Los compromisos contraídos en un tratado recaen por ejemplo en la admisión y promoción de las inversiones procedentes del otro Estado; tratamiento y protección del

⁴ Amicus Curiae presentado por María Augusta Calle ante la Corte Constitucional, causa No. 0002-18-IC el 9 de marzo de 2020.

⁵ Elina Mereminskaya, “La cláusula paraguas: lecciones de convivencia para los sistemas jurídicos. Revista Internacional de Arbitraje” pg. 13-59. (2009)

⁶ Decisión en Jurisdicción, Elsamex, S.A. v. Republic of Honduras ICSID Case No. ARB/09/4

⁷ Convención de Viena sobre el Derecho de los Tratados, Sección Primera, Observancia de los tratados, 26. “Pacta sunt servanda”: Todo tratado en vigor obliga a las partes y debe ser cumplido por ellas de buena fe.



Estado huésped de las inversiones procedentes del otro Estado, en lo que respecta al trato justo y equitativo; prohibición de toda medida de expropiación; libre transferencia de las rentas obtenidas en relación con las inversiones, entre otros.

3.14. Estas disposiciones se aplican indistintamente del contrato o de la relación comercial que se llegare a formar entre un particular y el Estado signatario; por ende, cualquier disputa que se refiere a dichas disposiciones al no ser contractuales ni comerciales pueden ser perfectamente conocidas en instancia de arbitraje internacional y en tal sentido no contrarian al Art. 422 de la Constitución de la República, en tanto la limitación para ceder jurisdicción a instancias internacionales solo recae cuando la disputa verse sobre acuerdos comerciales o situaciones contractuales.

3.15. Si bien existe la posibilidad de que un tratado contemple una cláusula de solución de controversias que cubre también las disputas derivadas de un contrato de inversión u otro compromiso entre un Estado parte y la sociedad del otro Estado, esto es una disposición que solamente es incorporada cuando los Estados parte así lo acuerden⁸ y en nada contradice la disposición constitucional objeto de análisis.

3.16. Al no existir prohibición de celebración de tratados o instrumentos internacionales de inversión, únicamente sería necesaria la verificación o revisión de que las cláusulas de solución de controversias no tengan el efecto “paraguas” para abarcar cuestiones contractuales o comerciales y ser resueltas en arbitraje de inversión.

3.17. En todo caso, para aquellas controversias que sí deriven de un acuerdo comercial o impliquen derechos o compromisos contractuales, al tenor del artículo 442 de la CRE, se entendería que éstas podrían ser resueltas “... *ante instancias arbitrales regionales o ante órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.*” Eso quiere decir que en caso de un tratado de inversión proteja vínculos contractuales entre Estado y particulares que se hayan desarrollado al margen de una inversión, se podrán escoger jurisdicciones arbitrales regionales, para que una disputa en esta materia pueda ser resuelta.

⁸ Álvaro Galindo “El consentimiento en materia de arbitraje de inversiones”, *Iuris Dictio. Revista del Colegio de Jurisprudencia* Núm. 11. (2017)



3.18. Lo expuesto nos lleva a la conclusión que es ilegítimo restringir la suscripción de tratados internacionales de inversión, mismos que deben contar con mecanismos indispensables para garantizar la seguridad jurídica del inversionista. La inversión es imperativa para el desarrollo nacional e incremento de la competitividad del sector productivo.

d) Importancia de tratados e instrumentos internacionales de inversiones.-

3.19. Los Tratados Bilaterales de Inversión (TBI's) son instrumentos internacionales en los Estados suscriptores convienen el desarrollo de vínculos entre ellos, ampliando y diversificando el nivel de cooperación internacional mediante el incentivo de las inversiones entre los nacionales de los países signatarios.

3.20. Resulta un incentivo para toda inversión, la posibilidad de poder resolver mediante arbitraje las futuras desavenencias que puedan presentarse en una inversión realizada en un país extranjero, porque asegura la imparcialidad en la resolución del conflicto.

3.21. Los estándares reconocidos en los tratados internacionales de inversión operan como una medida para contrarrestar riesgos políticos o económicos que puede sufrir un inversionista en el Estado receptor de la inversión y que, por tanto, reste valor a su inversión.

3.22. Tomando en cuenta que muchas de las normas internas del Ecuador son limitadas en cuanto el reconocimiento de una verdadera protección a la inversión extranjera, y que la efectividad de los procedimientos jurisdiccionales frente a una relación Estado – Inversionista podría tender a ser poco confiable en sede local, el Estado no puede pretender atraer la inversión extranjera ofreciendo únicamente convenios suscritos directamente con el Estado que no gocen de una protección internacional en transacciones de gran magnitud.



3.23. Es necesario resaltar el reconocimiento de la jurisdicción arbitral que realiza la Constitución ecuatoriana⁹ y la Ley de Arbitraje y Mediación¹⁰, para evidenciar la no vulneración de la Carta Magna que se ocurriría de realizarse una interpretación favorable para que sean arbitrables internacionalmente las inversiones en territorio nacional.

3.24. Uno de los pilares de las relaciones internacionales de acuerdo con la Constitución vigente, gira en torno al fomento de comercio e inversiones, según lo citado:

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

(...)

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

3.25. Una interpretación del primer inciso del Art. 422 de la Constitución que permita la celebración de acuerdos e instrumentos internacionales con solución de controversias en sede arbitral internacional cuando éstas no involucren materia contractual o comercial; sería legal, coherente y consecuente con el ordenamiento jurídico nacional.

4. PETICIÓN:

En virtud de los fundamentos de hecho y de Derecho que quedan expuestos, solicito a tan alta Magistratura, lo siguiente:

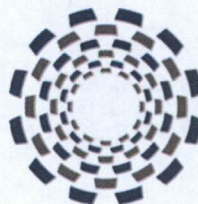
- i) Se sirva emitir un dictamen de constitucionalidad del primer inciso del Art. 422 de la Constitución de la República, que reconozca la posibilidad de acudir al arbitraje

⁹ Constitución de la República del Ecuador: Art. 190.- *Se reconoce el arbitraje, la mediación y otros procedimientos alternativos para la solución de conflictos. Estos procedimientos se aplicarán con sujeción a la ley, en materias en las que por su naturaleza se pueda transigir.*

¹⁰ Ley de Arbitraje y Mediación: Artículo 41.- (...) (...) **Sin perjuicio de lo dispuesto en los tratados internacionales un arbitraje podrá ser internacional cuando las partes así lo hubieren pactado, siempre y cuando se cumplan cualquiera de los siguientes requisitos:**

- a) *Que las partes al momento de la celebración del convenio arbitral tengan sus domicilios en estados diferentes;*
- b) *Cuando el lugar de cumplimiento de una parte sustancial de las obligaciones o el lugar en el cual el objeto del litigio tenga una relación más estrecha, esté situado fuera del estado en que, por lo menos una de las partes, tiene su domicilio; o,*
- c) *Cuando el objeto del litigio se refiera a una operación de comercio internacional que sea susceptible de transacción y que no afecte o lesione los intereses nacionales o de la colectividad.*





CÁMARA DE
INDUSTRIAS Y
PRODUCCIÓN

internacional para ventilar controversias que surjan de tratados e instrumentos internacionales de inversiones, siempre que tales controversias no versen sobre materia contractual o comercial.

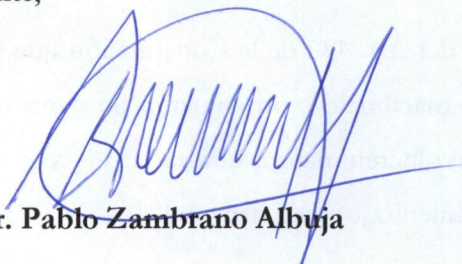
- ii) Solicitamos que se disponga nuestra comparecencia para ser escuchados en audiencia pública y poder exponer todos los elementos que sustentan el presente AMICUS CURIAE, para que sean tomados en consideración por su autoridad al momento de resolver.

5. NOTIFICACIONES Y AUTORIZACIONES:

Autorizo al doctor Xavier Sisa Cepeda y al abogado Roberto Paz y Miño Rosero, para que presenten, de forma individual o conjunta, cuanto escrito fuere pertinente dentro de la presente causa.

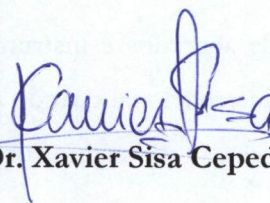
Notificaciones que me correspondan las recibiré en las casillas electrónicas: pzambrano@cip.org.ec, xsisa@cip.org.ec y rpazymino@cip.org.ec

Atentamente,



Dr. Pablo Zambrano Albuja

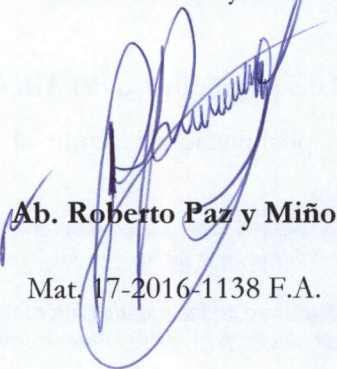
Presidente Ejecutivo



Dr. Xavier Sisa Cepeda

Mat. 5043 C.A.P

Cámara de Industrias y Producción



Ab. Roberto Paz y Miño

Mat. 17-2016-1138 F.A.

	SECRETARÍA GENERAL DOCUMENTOLOGÍA
Recibido el día de hoy <u>13 OCT. 2020</u>	
a las <u>11:38</u>	
Por <u>J. S. Lopez</u>	
Anexos. <u>1</u>	
FIRMA RESPONSABLE 	