

CORTE CONSTITUCIONAL DEL ECUADOR

Tratados Internacionales

Nº 2-23-TI

AMICUS CURIAE

PRESENTADO POR:

El Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y

Ecuador *Very Young Arbitration Practitioners*



Instituto Ecuatoriano
de Arbitraje



TABLA DE CONTENIDO

I. ANTECEDENTES.....	3
II. OBJETO DEL AMICUS CURIAE	4
III. SOBRE EL MANDATO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE INTERPRETAR EL CAPÍTULO 15 DEL AAC A LA LUZ DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO INTERNACIONAL.....	4
3.1. NORMATIVA APLICABLE A LA INTERPRETACIÓN DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN	5
3.2. LA SECCIÓN B DEL CAPÍTULO 15 DEL AAC CONSTITUYE UNA OFERTA PARA ARBITRAR BAJO EL DERECHO INTERNACIONAL, NO UN ACUERDO ARBITRAL QUE IMPLIQUE LA CESIÓN DE JURISDICCIÓN SOBERANA.	5
3.3. DISTINCIÓN ENTRE CONTROVERSIAS “ <i>CONTRACTUALES O DE ÍNDOLE COMERCIAL</i> ” Y CONTROVERSIAS DERIVADAS DE INVERSIONES	7
3.4. LOS SUPUESTOS DE HECHO CONTENIDOS EN EL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN PROHÍBEN LA CELEBRACIÓN DE TRATADOS BILATERALES DE ARBITRAJE.....	9
3.5. LA INTERPRETACIÓN VOLITIVA DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN APOYA LA INTERPRETACIÓN PRESENTADA EN ESTE <i>AMICUS CURIAE</i>	10
IV. CONCLUSIONES	11
V. SOLICITUD Y NOTIFICACIONES.....	12

SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Brisney David Molina Coello y Daniela Endara Bastidas, en representación del Instituto Ecuatoriano de Arbitraje y la organización de jóvenes ECUVYAP – *Ecuadorian Very Young Arbitration Practitioners*, comparecemos ante ustedes para presentar el siguiente *Amicus Curiae* dentro de la acción de constitucionalidad N° 2-23-TI, que tiene por objeto determinar la constitucionalidad del “Acuerdo de Asociación Comercial Entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica” (“AAC ” o “*Acuerdo*”)¹. El presente *Amicus Curiae* se fundamenta en el artículo 85 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional (“*LOGJCC*”)².

I. ANTECEDENTES

1. En el 2007, los ecuatorianos votaron en consulta popular a favor de que se conforme una Asamblea Constituyente encargada de redactar una nueva Carta Magna. Mediante referéndum de 28 de septiembre de 2008, la referida Constituyente aprobó la Constitución vigente, que fue publicada en el Registro Oficial No. 449 de 20 de octubre de 2008. El actual texto del artículo 422, objeto de este *Amicus*, fue redactado por la Mesa 9 de Soberanía, Relaciones Internacionales e Integración de la Asamblea Constituyente y aprobado con el texto originario de la Constitución de 2008. Esta disposición en específico no ha sido sujeta a reformas.
2. El 2 de julio de 2009, el entonces Presidente de la República, Rafael Correa Delgado, emitió el Decreto Ejecutivo No. 1823. En este, denunció el Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre Estados y nacionales de otros Estados (“*CIADI*”). Entre los argumentos expuestos a favor de la denuncia del CIADI, el ex-Mandatario incluyó la cesión de jurisdicción soberana, la parcialización de los tribunales arbitrales a favor del inversionista y la contradicción del Convenio con la disposición del artículo 422 de la Constitución.
3. Tras la salida del Ecuador del sistema CIADI, la Corte Constitucional, también de ese entonces, inició la labor titánica de declarar inconstitucionales decenas de Tratados Bilaterales de Inversión (“*TBI*s”) suscritos por Ecuador con otros Estados soberanos. Por ejemplo, la Corte declaró la inconstitucionalidad del TBI entre Ecuador y Estados Unidos mediante Dictamen No. 043-10-DTI-CC, ya que dicho tratado contenía una cláusula estipulando que las controversias entre inversionistas extranjeros y los Estados signatarios serían resueltas mediante arbitraje. La Corte estableció que permitir la creación de tribunales arbitrales en este contexto atenta contra el artículo 422 de la Constitución y el principio de soberanía popular³. La misma argumentación fue utilizada al declarar la inconstitucionalidad del resto de *TBI*s.
4. Sin embargo, esta postura no fue consistente. La Corte declaró la inconstitucionalidad del TBI entre Ecuador y Suiza en el Dictamen No. 040-10-DTI-CC, a pesar de que este no contaba con

¹ El IEA y ECUVYAP agradecen el apoyo de Haly Tran en la preparación de este *Amicus Curiae*.

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 Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 043-10-DTI-CC del 25 de noviembre de 2010, párr 4.

un método de resolución de disputas Inversionista-Estado⁴. De esta forma, la Corte creó inseguridad jurídica respecto al alcance y aplicación del artículo 422 de la Carta Magna. Ello sin mencionar que, de todas formas, y como se explicará en las secciones siguientes, el análisis realizado por la Corte Constitucional de ese entonces para declarar la inconstitucionalidad de los TBIs suscritos por Ecuador es contrario a los conceptos de Derecho Internacional que deben ser usados por esta Corte para interpretar el verdadero alcance del artículo 422 de la Constitución.

5. En el 2018, la Asamblea Nacional presentó una acción de interpretación ante la Corte Constitucional sobre el inciso primero del artículo 422 de la Constitución. Esta Corte inadmitió dicha solicitud el 12 de enero de 2022 mediante Dictamen No. 2-18-IC/22 por versar sobre un supuesto específico relativo a la aplicación de la norma, lo cual escapa del objeto de las acciones autónomas de interpretación constitucional. En consecuencia, este caso es la primera oportunidad de la Corte para pronunciarse respecto de la aplicabilidad del artículo 422 de la Constitución en el contexto de Tratados de Libre Comercio con capítulos de inversión, como sucede con el Acuerdo.

II. OBJETO DEL AMICUS CURIAE

6. El presente *Amicus Curiae* tiene por finalidad proporcionar argumentos jurídicos y técnicos a esta Corte para que determine que el contenido del Acuerdo no vulnera normas constitucionales, en especial el artículo 422 de la Constitución.⁵ Para tal efecto, este escrito se centra en informar a la Corte Constitucional de lo siguiente:
 - i. La normativa aplicable para la interpretación del artículo 422 de la Constitución.
 - ii. El ámbito de aplicación del artículo 422 de la Constitución a la luz del Derecho Internacional y su interpretación con base en los métodos de interpretación previstos en la Constitución.
 - iii. La distinción entre controversias “*contractuales o de índole comercial*” y controversias de inversiones.

III. SOBRE EL MANDATO DE LA CORTE CONSTITUCIONAL DE INTERPRETAR EL CAPÍTULO 15 DEL AAC A LA LUZ DEL ARTÍCULO 422 DE LA CONSTITUCIÓN Y DEL DERECHO INTERNACIONAL

7. Como parte de la determinación de la constitucionalidad del Acuerdo, esta Corte deberá analizar la Sección B del Capítulo 15 del mismo. En esta se encuentran las disposiciones del tratado sobre la Resolución de Disputas Inversionista-Estado (“*RDIE*”).
8. A manera de descripción, el Acuerdo contiene una cláusula escalonada en virtud de la cual las partes deben agotar tanto el mecanismo alternativo de negociación como el de mediación, incluyendo un “*cooling-off period*”⁶ de ocho meses, antes de someter sus disputas a arbitraje. El

⁴ Corte Constitucional del Ecuador. Dictamen No. 040-10-DTI-CC del 11 de noviembre de 2010.

⁵ Constitución de la República del Ecuador. Registro Oficial 449, del 20 de octubre 2008, última modificación el 12 de marzo de 2020.

⁶ “Los “*cooling-off periods*” se refieren un tiempo de espera que se establece en los Acuerdos Internacionales de Inversión en los cuales se requiere que el inversionista se abstenga por un tiempo

artículo 15.20 del Acuerdo establece dos opciones. La primera es un arbitraje ante el CIADI de acuerdo con lo establecido en el Convenio de Washington, mientras que la segunda es un arbitraje *ad-hoc* de conformidad con las Reglas de Arbitraje de la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional (“*CNUDMI*”).

3.1. Normativa Aplicable a la interpretación del artículo 422 de la Constitución

9. Es deber de la Corte Constitucional determinar la constitucionalidad del artículo 15.20 del Acuerdo conforme a las normas constitucionales vigentes. Esto implica realizar una interpretación del artículo 422 de la Constitución.
10. Conforme lo exige el artículo 427 de la Carta Magna y el artículo 3 de la LOGJCC, 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, si el sentido del texto constitucional después de una interpretación literal y sistemática es claro, no es necesaria la aplicación de la interpretación volitiva.
11. En adición, el principio interpretativo de concordancia práctica, expresamente contenido en el artículo 3(8) de la LOGJCC, es de especial importancia para dirigir el ejercicio interpretativo. Corresponde a la Corte considerar en su interpretación los elementos de la práctica del Derecho de los Tratados en materia de inversiones, recogida en TBIs, Tratados de libre comercio, y las decisiones de tribunales arbitrales y doctrina que los interpretan.
12. Un análisis utilizando los métodos de interpretación mencionados, a la luz del principio interpretativo de concordancia práctica, arrojará como consecuencia necesaria que el inciso primero del artículo 422 de la Constitución no es aplicable para determinar la constitucionalidad de la Sección B, Capítulo 15 del Acuerdo, que se refiere a la RDIE.

3.2. La Sección B del Capítulo 15 del AAC constituye una oferta para arbitrar bajo el Derecho Internacional, no un acuerdo arbitral que implique la cesión de jurisdicción soberana.

13. El texto del inciso primero del artículo 422 es el siguiente:

*“No se podrá celebrar tratados o instrumentos internacionales en los que el Estado ecuatoriano ceda jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas (...)”*⁷. (énfasis añadido)
14. Como se anticipó en las secciones anteriores, los antiguos dictámenes de la Corte Constitucional respecto de la constitucionalidad de los TBIs determinaron que el Estado ecuatoriano cedió su jurisdicción soberana, en violación del referido artículo, al haber pactado tratados con cláusulas

específico de iniciar un procedimiento arbitral en contra de un Estado receptor e intente resolver la disputa de manera amigable” (traducción libre). Aatreya Siddharth, Cooling-Off Periods, Jus Mundi, en: [https://jusmundi.com/en/document/publication/en-cooling-off-periods#:~:text=“Cooling%2Doff%20periods”%20\(,settle%20the%20alleged%20dispute%20amicabl y.](https://jusmundi.com/en/document/publication/en-cooling-off-periods#:~:text=“Cooling%2Doff%20periods”%20(,settle%20the%20alleged%20dispute%20amicabl y.)

⁷ Artículo 422, Constitución de la República del Ecuador, 2008

de RDIE. Dicho análisis se basó únicamente en una revisión simple del texto constitucional, sin confrontarlo con los efectos que dichas cláusulas producen en el Derecho Internacional Público (“DIP”). Para que la prohibición del artículo 422 de la Constitución sea aplicable a la Sección B del Capítulo 15 del AAC, (i) se debería cumplir el verbo rector de la norma, que es “celebrar” un tratado en el que se pacte arbitraje internacional; y, (ii) dicho pacto debería implicar una cesión de jurisdicción soberana. Estos supuestos no se cumplen bajo un análisis desde la óptica del DIP.

15. **Primero**, para determinar si el Estado pactó arbitraje en la cláusula de RDIE, la Corte debe considerar los conceptos utilizados en el arbitraje de inversiones.
16. A través de instrumentos tales como el AAC, los Estados contratantes protegen las inversiones de los nacionales de sus respectivos Estados, constituidas en el otro Estado contratante a través de la institución de protecciones sustantivas tales como el trato justo y equitativo o la protección contra expropiaciones ilegítimas. Para que éstas funcionen a niveles prácticos, se creó una presunción de derecho: dado que los Estados únicamente pueden crear derechos y obligaciones entre ellos en la creación de un tratado, se entiende que las disposiciones de RDIE son ofertas unilaterales para arbitrar, abiertas a los inversionistas extranjeros de los Estados contratantes⁸. Así, únicamente cuando un inversionista acepta la referida oferta, las partes (que son el inversionista y el Estado receptor de la inversión, y no los dos Estados contratantes del tratado) concluyen un convenio arbitral entre ellas, en los términos estipulados físicamente en el tratado⁹. Esta oferta unilateral, aunque forma parte del texto del tratado, se entiende separada del mismo, y un acto autónomo bajo el DIP. Para informar a la Corte sobre la naturaleza jurídica de las disposiciones sobre la RDIE en tratados internacionales como ofertas para arbitrar que constituyen un acto unilateral bajo el DIP, se pueden enumerar los siguientes casos que la reconocen: *Generation Ukraine c. Ucrania*¹⁰, *Toto c. República del Líbano*¹¹ y *ADC c. Hungría*¹².
17. Entonces, al incluir una oferta para arbitrar en un tratado, los Estados parte no pactan arbitraje. Únicamente crean la opción para los inversionistas de acceder a la vía arbitral, en caso de que

⁸ Traducción libre. Dolzer, R y Schreuer, C, *Principles of International Investment Law* (Second Edition), Capítulo X: Settling Investment Disputes, Oxford University Press, 15 de noviembre de 2012.

⁹ Traducción libre. Borzu Sabahi, Noah Rubins, et al., *Investor-State Arbitration* (Second Edition), Capítulo IX: Consent to Arbitral Jurisdiction, Oxford University Press, p.310, 5 de noviembre de 2019.

¹⁰ *Generation Ukraine c. Ucrania*, Caso CIADI No. ARB/00/9, Laudo de 16 de septiembre de 2003, párrs. 12.2-12.3 (“está firmemente establecido que un inversor puede aceptar la oferta de arbitraje CIADI de un Estado contenida en un tratado bilateral de inversión iniciando un procedimiento ante el Centro.” (traducción libre)) en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0358.pdf>.

¹¹ *Caso Toto Costruzioni Generali S.p.A c. República del Líbano*, Decisión sobre Jurisdicción, 11 de septiembre de 2009, párr. 92 (“[U]na oferta general del Líbano, realizada en 2000, es sólo el paso previo para el consentimiento de someter una controversia al arbitraje del CIADI, ya que necesita aceptación. De hecho, esta oferta general no fue aceptada por Toto hasta el 30 de junio de 2004, cuando Toto informó al Líbano de su intención de someter la controversia a arbitraje ante el CIADI.” (traducción libre)) en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0869.pdf>.

¹² *Caso ADC Affiliate Limited and ADC & ADMC Management Limited c. República de Hungría*, Laudo de 02 de octubre de 2006, párr 363 (“El consentimiento de Hungría a la iniciación del procedimiento ante el CIADI se encuentra en el Artículo 7(2)(c) del Tratado. Los Demandantes [confirmaron] su consentimiento [con] ... la presentación de su Solicitud de Arbitraje ante el Centro el 27 de julio de 2003”. (traducción libre)) en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/ita0006.pdf>.

estos últimos consientan en acudir a arbitraje posteriormente. Dado que la naturaleza de la oferta es la de un acto unilateral bajo el DIP, el verbo rector del artículo 422 (que los Estados contratantes deben “celebrar” un tratado en el que se pacte arbitraje internacional) no es aplicable a la cláusula de RDIE.

18. **Segundo**, el concepto de cesión de jurisdicción soberana, entendiendo a la jurisdicción soberana “como la potestad pública del estado para resolver los asuntos que ocurren en su territorio... bajo las normas propias que rigen dicha circunscripción”¹³, implica eliminar la posibilidad de que las disputas con el Estado sean resueltas por sus propias cortes. Sin embargo, esto no sucede con las ofertas para arbitrar contenidas en un tratado. Mientras éstas no sean aceptadas, las cortes del Estado receptor mantienen jurisdicción para conocer una disputa de inversiones derivada del tratado. Dicho de otra manera, a pesar de que la cláusula de RDIE del AAC establece que las controversias inversionista-Estado pueden ser llevadas a arbitraje, el foro natural para la resolución de controversias sigue siendo las cortes locales del Ecuador (en caso de que este sea el país que recibe la inversión).
19. El cambio en el foro que se realiza posteriormente, si el inversionista acepta acudir al arbitraje, tampoco incurre en el supuesto de hecho del artículo 422, ya que, como se dijo, dicho consentimiento crea un acuerdo separado entre el inversionista y el Estado; mientras que la norma es prescriptiva únicamente para acuerdos entre Estados (que son los únicos que tienen capacidad para “celebrar” tratados o instrumentos internacionales).
20. En conclusión, la cláusula de RDIE del Acuerdo no incurre en los supuestos de aplicación del artículo 422 de la Constitución dado que es una oferta unilateral, lo que implica que no se pacta arbitraje en el tratado, y su inclusión en el texto de este no implica una cesión de jurisdicción soberana.
21. En este apartado únicamente se interpretó la primera parte del artículo 422. En las siguientes secciones se mostrará a la Corte que la cláusula de RDIE tampoco vulnera dicha norma, ya que existe una diferencia tanto conceptual como en el mismo texto de la Constitución entre lo que se entiende como controversias “*contractuales o de índole comercial*” y controversias derivadas de acuerdos internacionales para la protección de inversiones extranjeras. Además, se explicarán las circunstancias en las que se cumplen los supuestos establecidos en el referido artículo, y cómo éstas no se asemejan a lo contenido en el AAC.

3.3. Distinción entre controversias “*contractuales o de índole comercial*” y controversias derivadas de inversiones

22. La prohibición del inciso primero del artículo 422 se refiere a controversias contractuales o comerciales. Sería erróneo afirmar que la norma alcanza a las controversias derivadas de inversiones. Así ya lo ha resuelto la actual Corte Constitucional:

“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

¹³ Palacios Abad, Xavier. ¿Prohibición constitucional para que el Ecuador pacte arbitraje internacional en materia comercial y de inversión? Una nueva mirada al artículo 422 de la Constitución desde la interpretación constitucional. USFQ Law Review, Vol. VIII, No. 1, mayo 2021, pp. 269-270, en <https://revistas.usfq.edu.ec/index.php/lawreview/article/view/2195/2399>.

de la otra parte. Como todo instrumento internacional de promoción de inversiones, el Acuerdo busca fomentar la exportación de capitales y la inversión extranjera al otorgar protecciones a los inversionistas extranjeros. Esto no deriva en la creación de obligaciones tendientes a la integración entre los Estados parte. Tampoco se verifica que el Acuerdo derive en la creación de obligaciones de índole comercial para el país”¹⁴.

23. Los términos “comercial” e “inversión” tienen diferencias sustanciales: (i) responden a relaciones de naturaleza jurídica distinta y, (ii) tienen fuentes jurídicas diferentes.
24. **En primer lugar**, existe una clara distinción entre los conceptos “inversión” y “comercial”, ya que estos responden a naturalezas jurídicas distintas y tienen características propias y distintivas.
25. Por un lado, las transacciones comerciales nacen con el perfeccionamiento contractual y son inmediatistas, es decir, mueren con su ejecución. La Constitución ha utilizado cuidadosamente el término “comercial” para referirse a la transacción de un bien o servicio. Para ejemplificar, el artículo 421 establece 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.
26. Por otro lado, en el artículo 339 de la Constitución, al establecerse que el Estado promoverá las *inversiones* nacionales y extranjeras, el Constituyente prefirió usar 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. De esta manera, se evidencia la diferencia que se establece en la Carta Magna sobre los términos “inversión” y “comercial”.
27. En la Sección C del Capítulo 15 del AAC se define “inversión” como:

*“Todo activo de propiedad de un inversionista o controlado por el mismo, directa o indirectamente, que tenga las características de una inversión, incluyendo **cierta duración** y otras características tales como el **compromiso de capitales u otros recursos**, la **expectativa de obtener ganancias o utilidades**, o la **asunción de riesgo**”¹⁵. (énfasis añadido)*
28. Para que exista una inversión protegida por el Acuerdo, deben cumplirse los requisitos establecidos en el referido artículo. Es evidente que la naturaleza jurídica de las inversiones y las transacciones comerciales son diferentes.
29. **En segundo lugar**, las controversias comerciales tienen como fuente generalmente un contrato al que se le aplica la legislación privada. En el caso de transacciones comerciales internacionales, la legislación aplicable sería las disposiciones mandatarias, la acordada por las partes o por la costumbre. En consecuencia, de la fuente jurídica de este tipo de controversias, el enfoque de la disputa se limitaría a determinar si una de las partes ha cumplido o no las obligaciones establecidas en dicho acuerdo.
30. Por el contrario, en caso de controversias derivadas de un tratado que protege la inversión extranjera, el objetivo principal es determinar si el Estado receptor de la inversión ha violado las

¹⁴ En el dictamen 0344-19-TI sobre el “Acuerdo de Cooperación y Facilitación de Inversiones entre la República del Ecuador y la República Federativa de Brasil”, par. 16

¹⁵ Ver la Sección C del Capítulo 15 del Acuerdo de Asociación Comercial entre la República del Ecuador y la República de Costa Rica, disponible en https://www.produccion.gob.ec/wp-content/uploads/2023/03/1.-ACUERDO-CR-EC_FIRMADO.pdf

garantías y estándares de protección acordados en dicho tratado, incurriendo en responsabilidad internacional bajo el DIP.

31. Justamente, el tribunal arbitral en el caso *Nova Scotia Power c. Venezuela*, reforzó la distinción entre “*comercial*” e “*inversión*”, al negar su jurisdicción respecto de una controversia en un contrato comercial de suministro¹⁶. En otro caso, *Koch Mineals c. Venezuela*, el tribunal arbitral estableció que un contrato de compraventa de bienes no constituye una inversión a la luz de las disposiciones aplicables del TBI¹⁷.
32. En conclusión, la prohibición del primer inciso del artículo 422 no incluye controversias en materia de inversión, las cuales tienen una naturaleza jurídica distinta a aquellas controversias “*contractuales o de índole comercial*”. Por ende, el referido artículo no es aplicable a la sección B del Capítulo 15 del AAC que contiene las disposiciones de RDIE.

3.4. Los supuestos de hecho contenidos en el artículo 422 de la Constitución prohíben la celebración de Tratados Bilaterales de Arbitraje

33. Como se explicó, el artículo 422 no prohíbe la celebración del Acuerdo. Primero, el AAC no pacta arbitraje ni cede jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, ya que al incluir una cláusula de RDIE en la Sección B del Capítulo 15, lo único que se hace es ofrecer al inversionista la opción de recurrir a un arbitraje. Segundo, las controversias que pueden surgir del AAC derivan de inversiones y, como se explicó en la sección precedente, la prohibición alcanza únicamente a las controversias “*contractuales o de índole comercial*”.
34. Si bien la disposición del artículo mencionado no alcanza al AAC, esta prohibiría la celebración de los denominados Tratados Bilaterales de Arbitraje (“*TBA*s”), ya que estos sí cumplen las condiciones numeradas en el inciso primero del artículo 422. A continuación, el presente *Amicus* informará sobre el postulado base de este tipo de instrumento internacional. Ello para que sea

¹⁶ *Nova Scotia Power Incorporated c. República Bolivariana de Venezuela II*, Caso CIADI No. ARB(AF)/11/1, Laudo de 30 de abril de 2014, párr. 82. (“Antes de discutir cuáles son estas características inherentes y si están presentes en este caso, el Tribunal debe abordar otros dos temas. En primer lugar, objeto y fin: la Demandante ha argumentado que dado que el propósito del TBI es promover y proteger las inversiones, la protección de esas inversiones a través de los mecanismos de resolución de disputas del TBI no debe retirarse apresuradamente por una lectura restringida de “inversión.” El Tribunal no está de acuerdo con esto. Los mecanismos de solución de controversias previstos en el Artículo XII del TBI son excepcionales. De no ser así, se produciría una situación insostenible. Ni la definición de inversión ni el TBI deberían funcionar como la mano de Midas para cada operador comercial que hace negocios en un estado extranjero que se encuentra en una disputa. Ninguno de los mecanismos de solución de controversias previstos en el artículo XII podría soportar la sobreproliferación de reclamos que resultaría de las interpretaciones ilimitadas del término “inversión” (traducción libre)) en <https://jusmundi.com/fr/document/decision/en-nova-scotia-power-incorporated-v-bolivarian-republic-of-venezuela-ii-award-wednesday-30th-april-2014>

¹⁷ *Koch Minerals Sarl and Koch Nitrogen International Sarl c. República Bolivariana de Venezuela*, Caso CIADI No. ARB/11/19, Laudo de 30 de octubre de 2017, párr. 6.57 (“El Tribunal acepta la afirmación legal de la Demandada de que un “contrato de venta puro” no puede, por sí mismo, satisfacer el significado de “inversión” en el Artículo 25(1) del Convenio CIADI” (traducción libre)) en <https://www.italaw.com/sites/default/files/case-documents/italaw9397.pdf>

considerado cuando, como parte necesaria de su ejercicio interpretativo, esta Corte deba determinar el efecto útil del artículo 422 de la Constitución.

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 tribunales de ambos Estados reconocerán y ejecutarán los laudos arbitrales resultantes de la misma manera que otros laudos internacionales**”¹⁸.” (énfasis añadido)*

35. De esta definición, se desprende que en caso de celebración de un TBA se cumplirían los supuestos de hecho del primer inciso del artículo 422 de la Constitución por las siguientes razones. Primero, el Estado ecuatoriano cedería jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, ya que estos tratados establecen que las controversias siempre se resolverán por arbitraje comercial internacional. Es decir, el foro natural pierde jurisdicción con la sola firma del tratado. Segundo, el objeto del arbitraje surgiría de controversias de índole comercial (excluyéndose aquellas que tengan como base una inversión protegida por un tratado internacional). Y, tercero, existiría una relación entre nacionales de un Estado o entre nacionales de un Estado y agencias gubernamentales de otro. De esta manera, se cumplirían simultáneamente los supuestos de hecho establecidos en la prohibición del artículo en cuestión.
36. En conclusión, la prohibición contenida en la norma no alcanza al AAC. Sin embargo, sí alcanza a los acuerdos o instrumentos internacionales en los que se cede jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, sobre controversias contractuales o de índole comercial, en donde existan relaciones entre el Estado y personas naturales o jurídico privadas. En materia de arbitraje internacional, esto sucedería con la celebración de TBAs.
37. Este es el verdadero alcance práctico del artículo 422 de la Constitución a la luz del DIP.

3.5.La interpretación volitiva del artículo 422 de la Constitución apoya la interpretación presentada en este *Amicus Curiae*.

38. De todas formas, si la Corte considera que todavía persiste alguna duda, podría aplicarse la interpretación volitiva. Bajo esta interpretación del texto de la Carta Magna, la disposición de RDIE del Acuerdo tampoco sería inconstitucional. Para hacer esta interpretación se debe recurrir a la revisión de las Actas de la Asamblea Constituyente para analizar el debate que tuvieron los asambleístas respecto del tema. Adicionalmente, se deben cotejar las opiniones presentadas en dicho debate junto con el texto constitucional.
39. Del Acta No. 038 se desprende el siguiente texto:

¹⁸ Traducción libre. Gary Born, BITS, BATS and BUTs: Reflections on International Dispute Resolution, University of Pennsylvania Law School, 28 de abril de 2014.

*“el objetivo de este artículo es rechazar el arbitraje entre el Estado y personas del derecho privado, como compañías, corporaciones, transnacionales, etcétera, para controversias derivadas de relaciones contractuales, no las formas de arbitraje entre Estados que devienen de convenios internacionales”*¹⁹. (énfasis añadido)

40. Se desprende entonces que la voluntad del Constituyente fue prohibir el arbitraje para controversias derivadas de relaciones contractuales y no las formas de arbitraje que devienen de convenios o instrumentos internacionales como lo es el AAC. En este sentido, esta interpretación confirma la realizada en párrafos anteriores, ya que el mismo constituyente entendió que existen diferencias sustanciales entre controversias contractuales y controversias derivadas de inversiones.

IV. CONCLUSIONES

41. Por todo lo expuesto, se concluye lo siguiente:
- i. Primero, la Corte Constitucional tiene el mandato de interpretar que la cláusula de RDIE contenida en la Sección B del Capítulo 15 del Acuerdo constituye una oferta para arbitrar a la luz del DIP.
 - ii. Segundo, que de una interpretación literal y sistemática del artículo 422 de la Constitución, la suscripción del AAC no implica pactar arbitraje ni ceder jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional. Esto se debe a que, como la cláusula de RDIE constituye una oferta, el foro natural de disputas no cambiaría sino hasta que dicha oferta sea aceptada por el inversionista, lo cual escapa del ámbito de aplicación del referido artículo.
 - iii. Tercero, que en la Constitución se establecen claras diferencias entre lo que sería una controversia *“contractual o de índole comercial”* y una controversia relativa a inversiones. En este sentido, como la disposición de RDIE del AAC no cumple los supuestos de hecho establecidos en la prohibición del primer inciso del artículo 422 de la Constitución, no podría ser declarada inconstitucional.
 - iv. Finalmente, en caso de que la Corte Constitucional decida que la interpretación exegética y sistemática del texto constitucional, dirigida por el principio interpretativo de concordancia práctica, no es suficiente para determinar la constitucionalidad de la cláusula de RDIE del Acuerdo, la interpretación volitiva del artículo 422 de la Constitución ratifica la postura de este *Amicus Curiae*.
42. Adicionalmente, todo lo establecido en las secciones anteriores es consonante con la decisión de esta Corte de declarar la constitucionalidad de la ratificación del Ecuador del Convenio CIADI. Si bien el sólo hecho de firmar y ratificar el Convenio CIADI no significa que se ceda jurisdicción

¹⁹ 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).

soberana a favor del Centro²⁰, el Reporte de los directores ejecutivos sobre la Convención, que sirve para entender su aplicación práctica, establece que se espera que los Estados parte vean con buenos ojos pactar arbitrajes bajo el sistema y lo utilicen. El Reporte dice:

*“Si bien no puede iniciarse ningún procedimiento de conciliación o arbitraje contra un Estado Contratante sin su consentimiento y si bien ningún Estado Contratante está obligado a dar su consentimiento a tales procedimientos, se consideró que **la adhesión al Convenio podía interpretarse como una expectativa** de que los Estados Contratantes considerarían favorablemente las solicitudes de los inversores para someter una diferencia al Centro²¹.” (énfasis añadido)*

Por lo tanto, la prohibición del artículo 422 de la Constitución no afecta a la cláusula de RDIE contenida en el AAC. Incluso, al establecer una oferta pública para arbitrar con los inversionistas extranjeros de Costa Rica que instituyan inversiones en el Ecuador, a través del Acuerdo, el Ecuador cumpliría lo que se espera de los Estados que forman parte del Convenio CIADI.

V. SOLICITUD Y NOTIFICACIONES

43. Solicitamos que se admita el presente *Amicus Curiae* en la tramitación de la causa y que la Corte Constitucional recoja sus argumentos al emitir su decisión sobre la constitucionalidad del Acuerdo.
44. Las notificaciones que correspondieren las recibiremos en los correos electrónicos: david.molina@mids.ch, dendarab@outlook.com, coordinador@iea.ec y ecuvyap@iea.ec

Firmamos:

Brisney David Molina Coello

Mat. 17-2020-8 FACJ

Daniela Endara Bastidas

Mat. 17-2023-86 FACJ

²⁰ Convenio de Washington sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, Artículo 25 (4) “Los Estados Contratantes podrán, al ratificar, aceptar o aprobar este Convenio o en cualquier momento ulterior, notificar al Centro la clase o clases de diferencias que aceptarían someter, o no, a su jurisdicción. El Secretario General transmitirá inmediatamente dicha notificación a todos los Estados Contratantes. Esta notificación no se entenderá que constituye el consentimiento a que se refiere el apartado (1) anterior.”

²¹ Informe de los Directores Ejecutivos acerca del Convenio sobre Arreglo de Diferencias relativas a Inversiones entre estados y Nacionales de Otros Estados, párr. 31
https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/Report_Executive_Directors.pdf