

Acción de Inconstitucionalidad contra el 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

SEÑORAS Y SEÑORES JUECES DE LA CORTE CONSTITUCIONAL

Jorge Abrahán Elías Cáceres Echeverría, con cédula de ciudadanía No. 1703560365, Francisco Washington Espín Vallejo, con cédula de ciudadanía No. 1704220746, Pablo Fidel Iturralde Blacio, con cédula de ciudadanía No. 0701507170, y Christian Pino Garrido, con cédula de ciudadanía No. 1709436727, ecuatorianos con domicilio en la ciudad de Quito, como procuradores comunes de los colectivos Frente de Defensa Petrolero Ecuatoriano, Frente de Trabajadores del Ecuador, y Asamblea Nacional Ciudadana, de conformidad con lo establecido en los artículos 417, 424, 425 y 429 de la Constitución de la República; y, 75 numeral 3 literal d), 76, 108 y 110 numeral 4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, comparecemos ante ustedes para interponer la presente acción de inconstitucionalidad en contra del Tratado Internacional que contiene el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966.

Legitimación activa

Conforme a lo dispuesto en los artículos 439 de la Constitución de la República del Ecuador, y, 77 y 98 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, gozamos de legitimación activa para presentar la siguiente demanda de inconstitucionalidad.

1. Órgano emisor de la disposición jurídica objeto del proceso

El órgano emisor del tratado internacional que se impugna, objeto de la presente acción de inconstitucionalidad, es la Presidencia de la República del Ecuador, cuyo titular es el señor Guillermo Lasso Mendoza, pues de conformidad con lo establecido en los artículos 147.10 y 418 de la Constitución de la República, a dicha autoridad corresponde, por regla general, la suscripción y ratificación de los Tratados Internacionales, como efectivamente suscribió el 21 de junio de 2021 el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966, y lo ratificó 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.

Para la tramitación de la presente causa, solicitamos que también se cuente con el señor Iñigo Salvador, Procurador General del Estado.

2. Disposiciones acusadas como inconstitucionales

El cuerpo jurídico que señalamos como inconstitucional es el Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados de 1966 (en adelante el Convenio del CIADI, Convención de Washington o simplemente el Convenio).

De acuerdo con lo dispuesto en el artículo 417 de la Constitución de la República, “*Los tratados internacionales ratificados por el Ecuador se sujetarán a lo establecido en la Constitución. (...)*”; y en el presente caso, como lo demostraremos en el transcurso de esta acción, el Convenio del CIADI no guarda conformidad en su contenido con varias normas de la Constitución de la República del Ecuador.

3. Fundamentos jurídico constitucionales de la demanda

3.1. Antecedentes

El Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados, es un tratado internacional de carácter multilateral, vigente desde el 14 de octubre de 1966, en virtud del cual se creó el “Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)”.

El CIADI, es una institución supranacional, dependiente del Banco Mundial, establecido con el objeto de **conocer y resolver las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes, a través de procedimientos de conciliación y arbitraje**¹.

De acuerdo con los registros oficiales y públicos, tanto del CIADI, como del gobierno del Ecuador, nuestro país suscribió y ratificó el Convenio del CIADI, por primera vez, el 15 de enero de 1986. La ratificación, el mismo día de la suscripción, tuvo lugar en abierta vulneración de lo dispuesto en la Codificación Constitucional de 1984, de acuerdo con la cual para la ratificación de Tratados Internacionales se requería la aprobación previa del Congreso Nacional².

La violación a las disposiciones constitucionales vigentes al momento de la ratificación del Convenio del CIADI, referidas a la aprobación y ratificación de los Tratados Internacionales, llamó la atención de varias autoridades nacionales, y generó gran incertidumbre en relación a su validez³. Esta incertidumbre motivó el intercambio de comunicaciones entre autoridades públicas de la época que señalaron la irregularidad de la vigencia de la convención y la necesidad de que se dé paso a la ratificación del convenio por parte del Congreso Nacional a efectos de asegurar su eficacia.⁴

¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. (1966). Art. 1. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

² Codificación de la Constitución de la República de Ecuador. (1983). Art. 59.- *El Congreso Nacional se reúne en pleno sin necesidad de convocatoria, en Quito, el 10 de agosto de cada año y sesiona durante 60 días improrrogables para conocer exclusivamente los siguientes asuntos:*

f) *Aprobar o desaprobado los tratados públicos y demás convenciones internacionales (...)*

³ Espinosa S. (2019). *Ecuador and International Investment Law and Policy: Between Constitutional Sovereignty and State Responsibility*. Maastricht. Pg.227

⁴ Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones. (2017). *Informe Ejecutivo, Auditoría integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador*. Quito. Pp. 28-29.

En junio del año 2000 el Presidente de la República, Gustavo Noboa Bejarano, a instancias de la secretaría del Congreso Nacional⁵ y de manera previa a su aprobación final por parte del Congreso Nacional, remitió el Convenio al Tribunal Constitucional para que este dictamine acerca de la conformidad de dicho instrumento con la Constitución⁶.

En septiembre del mismo año, el Tribunal Constitucional resolvió que el Convenio del CIADI guardaba conformidad con el texto constitucional y resolvió además que este debía ser aprobado por el Congreso Nacional de manera previa a su ratificación, pues se trata de un instrumento que atribuye, a un organismo supranacional, el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley^{7 8}.

De este modo el Convenio del CIADI, ratificado fraudulentamente⁹ en enero de 1986, fue convalidado (aprobado) por el Congreso Nacional recién el 7 de febrero de 2001, y ratificado mediante Decreto Ejecutivo 1417-B publicado en el Registro Oficial el 19 de abril de 2001.

Coincidencia o no, la primera demanda ante el CIADI que enfrentó el Ecuador tuvo lugar, tan solo 6 meses después de su convalidación mediante la aprobación legislativa y ratificación presidencial¹⁰, no obstante que dicho convenio fue suscrito 15 años antes, el 15 de enero de 1986.

El 2 de julio de 2009, mediante Decreto Ejecutivo 1823, el Presidente de la República Rafael Correa Delgado denuncia y declara terminado el Convenio del CIADI, hecho que fue notificado a la presidencia del Banco Mundial.

El 21 de junio de 2021, la señora Ivonne Juez Abuchacra de Baki, embajadora plenipotenciaria del Ecuador ante el gobierno de los Estados Unidos de Norte América, suscribió el Convenio del CIADI.

⁵ Secretaría del Congreso Nacional. (24 de mayo 2000). *Oficio No. 4543-SCN*.

⁶ Presidencia de la República del Ecuador. (5 de junio de 2000). *Oficio No. 00-550-DAJ.T.332*.

⁷ Tribunal Constitucional. (26 de septiembre de 2000). *Resolución N. 171-2000-TP*. Registro Oficial 180 de 10 de octubre de 2000.

⁸ Constitución de la República del Ecuador (1998). Art 161.- *El Congreso Nacional aprobará o improbará los siguientes tratados y convenios internacionales:*

4. *Los que atribuyan a un organismo internacional o supranacional el ejercicio de competencias derivadas de la Constitución o la ley.*

⁹ En informe de 24 de noviembre de 1994, suscrito por el señor Teodoro Bustamante Muñoz, asesor jurídico de la Cancillería se señalaba lo siguiente respecto de la ratificación del Convenio del CIADI en 1986: "El canciller Édgar Terán incurrió en falsedad cuando afirmó que el Convenio se encontraba en plena vigencia de acuerdo con las normas legales del país, ya que al carecer de aprobación legislativa, como disponía la Constitución y, ante la falta de ratificación presidencial, era imposible que tuviera vigencia en el Ecuador." Ver Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones. (2017). *Informe Ejecutivo, Auditoría integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador*. Quito. Pg. 28.

¹⁰ CASO CIADI No. ARB/01/10. (2001). *Caso Repsol YPF Ecuador S.A. v. Empresa Estatal Petróleos del Ecuador (PetroEcuador)*. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/10>

El 16 de julio de 2021, el señor Guillermo Lasso Mendoza, Presidente de la República del Ecuador, emitió el Decreto Ejecutivo No. 122, de 16 de julio de 2021, mediante el cual ratifica la suscripción del Convenio CIADI.

El 3 de agosto de 2021, a través del Oficio No. 4-3-33/2021, la Embajada de la República del Ecuador ante el Gobierno de los Estados Unidos de América, adjunta el instrumento de ratificación del Convenio, el mismo que de acuerdo con sus disposiciones entró en vigencia el pasado 3 de septiembre de 2021.

3.2. Disposiciones constitucionales infringidas

El convenio del CIADI es incompatible de manera directa y explícita con el artículo 422 de la Constitución, en cuanto éste establece una prohibición expresa para suscribir tratados internacionales, que trasladen a instancias supranacionales, la solución de controversias, contractuales y comerciales, entre el Estado y personas naturales o jurídicas privadas.

La misma disposición, de manera expresa y taxativa, señala los únicos casos en que dicha prohibición no es aplicable:

- Que se trate de tratados internacionales que dispongan soluciones entre Estados y nacionales latinoamericanos, siempre que se recurra a instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales designados por los estados parte; y/o,
- Que se trate de controversias relacionadas con la deuda externa.

“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.”

Por otra parte, es preciso señalar, a partir de un principio de control integral de constitucionalidad¹¹, que el Convenio del CIADI, es además incompatible con elementos estructurantes de la Constitución, que exceden, con mucho el ámbito de las relaciones internacionales, ámbito en el que se encuentra circunscrito el art 422.

Desde esta perspectiva integral el Convenio del CIADI, en cuanto instrumento del Sistema Internacional de Solución de Controversias Estado - Inversor, es además incompatible con los siguientes artículos de la Constitución:

“Art. 9.- Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.”

Art. 275.- El régimen de desarrollo es el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del sumak kawsay.

El Estado planificará el desarrollo del país para garantizar el ejercicio de los derechos, la consecución de los objetivos del régimen de desarrollo y los principios consagrados en la Constitución. La planificación propiciará la equidad social y territorial, promoverá la concertación, y será participativa, descentralizada, desconcentrada y transparente.

El buen vivir requerirá que las personas, comunidades, pueblos y nacionalidades gocen efectivamente de sus derechos, y ejerzan responsabilidades en el marco de la interculturalidad, del respeto a sus diversidades, y de la convivencia armónica con la naturaleza.”

“Art. 339.- El Estado promoverá las inversiones nacionales y extranjeras, y establecerá regulaciones específicas de acuerdo a sus tipos, otorgando prioridad a la inversión nacional. Las inversiones se orientarán con criterios de diversificación productiva, innovación tecnológica, y generación de equilibrios regionales y sectoriales.

La inversión extranjera directa será complementaria a la nacional, estará sujeta a un estricto respeto del marco jurídico y de las regulaciones nacionales, a la aplicación de los derechos y se orientará según las necesidades y prioridades

¹¹ Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales. Art. 76.- Principios y reglas generales. - El control abstracto de constitucionalidad se regirá por los principios generales del control constitucional previstos por la Constitución y las normas constitucionales, la jurisprudencia y la doctrina. En particular, se regirá por los siguientes principios:

1. Control integral. - Se deberá confrontar la disposición acusada con todas las normas constitucionales, incluso por aquellas que no fueron invocadas expresamente por el demandante.

definidas en el Plan Nacional de Desarrollo, así como en los diversos planes de desarrollo de los gobiernos autónomos descentralizados (...).”

“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.”

3.3. Argumentación de la incompatibilidad normativa del Convenio del CIADI con la Constitución.

3.3.1. Análisis de la Prohibición Establecida en el Artículo 422 de la Constitución

Ámbito de la prohibición

El artículo 422 se encuentra inserto en el Título VIII, Capítulo II de la Constitución, apartados que regulan las relaciones internacionales en general y en particular la suscripción, ratificación y aprobación de tratados internacionales.

De este modo, el artículo 422, es parte del conjunto de disposiciones y principios que regulan las relaciones internacionales del Estado ecuatoriano, es decir las relaciones del Ecuador con otras naciones del mundo y otros sujetos de derecho internacional, las que por definición tienen lugar en plano de la igualdad entre Estados, en función del ejercicio de la soberanía estatal y en el marco del derecho internacional público.

Autores de la Teoría Realista de las Relaciones Internacionales, como E. H. Carr¹² y Hans Morgenthau¹³, afirman que los Estados son los actores más importantes en el sistema internacional, aunque existen otros con poderes mucho más limitados. Los Estados son actores unitarios, racionales y su soberanía es un elemento esencial pues debe ser reconocida por otros Estados para interactuar en la esfera internacional. Los Estados gobiernan en una jurisdicción territorial limitada geográficamente, ejercen su autoridad en los ciudadanos que habitan este territorio, y, según el realismo, actúan guiados por el interés nacional para incrementar sus capacidades por sobre las capacidades de otros Estados.

¹² Ver E. H. Carr. (1945). *The Twenty Years' Crisis: 1919–1939: An Introduction to the Study of International Relations*.

¹³ Ver Hans J. Morgenthau. (1978). *Politics Among Nations: The Struggle for Power and Peace*.

En 1926, en el caso S.S. Lotus, Francia vs. Turquía, el derecho internacional se definió como un "conjunto de reglas que rigen las relaciones entre Estados independientes. Son reglas del derecho vinculantes para los Estados, por lo tanto, emanan de su propio libre albedrío expresado en convenciones o por usos generalmente aceptados como expresión de principios de derecho y establecidos para regular las relaciones entre comunidades independientes coexistentes (...)"¹⁴.

Las relaciones internacionales de los Estados soberanos se materializan, entre otros instrumentos, a través de la celebración de Tratados Internacionales, mediante los cuales los Estados asumen derechos y obligaciones, que podrían llevar a configurar su responsabilidad internacional. "Si el derecho es [como ya se había definido] un cuerpo de reglas (...) dentro de una comunidad que por consentimiento común de esta comunidad se hará cumplir a través de un poder externo, entonces el consentimiento común es la base de toda ley. Dado que se supone que este consentimiento es fundamental para todo el derecho, incluido el derecho internacional, las fuentes del derecho internacional son, por tanto, dos, a saber: 1) consentimiento expreso, que se otorga cuando los Estados celebran un tratado que estipula determinadas normas para la futura conducta internacional de las partes; (2) consentimiento tácito, es decir, consentimiento implícito o consentimiento por conducta, que se da a través de Estados que han adoptado la costumbre de someterse a determinadas reglas de conducta internacional".¹⁵

La prohibición a la que alude el Art. 422 de la Carta Constitucional, implica una limitación a una potestad del Estado soberano, en el marco de las relaciones internacionales entre estados, que se materializa a través de la suscripción, aprobación y ratificación de Tratados Internacionales y cuyo ejercicio le corresponde, por regla general, exclusivamente al presidente de la república, y en casos taxativamente calificados por la Constitución, en concurrencia, en la fase de aprobación, con la Asamblea Nacional de acuerdo con lo previsto en el artículo 419 de la Constitución,¹⁶ y de la cual se puede derivar su responsabilidad internacional en el marco del derecho internacional público.

¹⁴ Ver el caso S.S. Lotus, Francia vs. Turquía (1926). El caso Lotus se refiere a un juicio penal que se dio como resultado de una colisión sucedida el 2 de agosto de 1926 entre el S.S. Lotus, un vapor francés, y el S.S. Bozkourt, un vapor turco, en una región al norte de Mitilene (Grecia). Como resultado del accidente, ocho ciudadanos turcos a bordo del Bozkourt se ahogaron cuando el barco fue destrozado por el Lotus. Traducción libre.

¹⁵ Weston Jannis M. (1996) *The New Oppenheim and its Theory of International Law*. University of Connecticut School of Law. Pg. 8. Traducción libre. Disponible en: https://opencommons.uconn.edu/cgi/viewcontent.cgi?article=1070&context=law_papers

¹⁶ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 419.- *La ratificación o denuncia de los tratados internacionales requerirá la aprobación previa de la Asamblea Nacional en los casos que:*

1. *Se refieran a materia territorial o de límites.*
2. *Establezcan alianzas políticas o militares.*
3. *Contengan el compromiso de expedir, modificar o derogar una ley.*
4. *Se refieran a los derechos y garantías establecidas en la Constitución.*
5. *Comprometan la política económica del Estado establecida en su Plan Nacional de Desarrollo a condiciones de instituciones financieras internacionales o empresas transnacionales.*

Por lo tanto, es en este contexto que la Corte tiene que decidir si la prohibición alcanza al Convenio del CIADI, pues como lo señala Dupuy *"el derecho que se aplicará al consentimiento del Estado expresado en los tratados internacionales está enmarcado y definido por el derecho internacional público. Es en aplicación de esta ley, (...) que el consentimiento del Estado al arbitraje debe ser evaluado por los tribunales del CIADI, ya que este consentimiento se expresa en acuerdos internacionales."*¹⁷

Objeto de la prohibición

En el marco de las relaciones internacionales del Estado, la prohibición recae, en específico, sobre la celebración de tratados internacionales de ciertas y determinadas características previstas en el artículo 422.

Como ya se señaló, el instrumento normativo cuya inconstitucionalidad se reclama, a través de la presente acción, es el 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

El convenio¹⁸ del CIADI es un Tratado Internacional, de naturaleza multilateral¹⁹ vigente desde el 14 de octubre de 1966, cuando fue ratificado por 20 países²⁰. Se trata por tanto de un instrumento internacional, al cual, los estados que lo han ratificado, han concurrido en un plano de igualdad, en el ejercicio de su soberanía, cuyo contenido está sujeto y forma parte del derecho internacional, y por ende es generador de derechos y obligaciones internacionales para los estados parte del mismo.

Configuración de la prohibición

Para que se configure la prohibición del artículo 422 corresponderá entonces evaluar, si al caso materia de la presente acción, es decir el Convenio del CIADI, reúne por una parte

6. *Comprometan al país en acuerdos de integración y de comercio.*

7. *Atribuyan competencias propias del orden jurídico interno a un organismo internacional o supranacional.*

8. *Comprometan el patrimonio natural y en especial el agua, la biodiversidad y su patrimonio genético.*

¹⁷ Dupuy, PM. (2021). *Chapter 16: Preconditions to Arbitration and Consent of States to ICSID Jurisdiction*. Kluwer Law International. Pg. 219.

¹⁸ *"No existe nomenclatura precisa para los tratados internacionales: las denominaciones "tratado", "convenio", "acuerdo" o "protocolo", se usan como sinónimo."* Ver Reuter, P. (2001). *Introducción al Derecho de los Tratados*. Fondo de Cultura Económico. México. Pg. 47.

¹⁹ Cremades, B. M. (2001). *Arbitration between states and investors: Some jurisdiction issues*. *Business Law International*. Pg. 160. Traducción libre

²⁰ *Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados*. (1966). Pg. 5. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

los elementos previstos en su inciso primero, y por otra parte, que a su respecto no se pueda aplicar alguna de las excepciones señaladas en el inciso segundo.

Elementos que configuran la prohibición (inciso primero)

Para efectos de determinar si el Convenio del CIADI es de aquellos tratados internacionales cuya aprobación le está vedada al Estado ecuatoriano de acuerdo con la Constitución, habrá que determinar si éste se encuadra en los presupuestos del inciso primero del artículo 422 de la Constitución.

"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."

De la lectura de la disposición señalada se puede determinar que para que la prohibición sea aplicable a algún tratado internacional 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.

Cesión de jurisdicción soberana

La jurisdicción, en términos generales, debe ser entendida como el poder o autoridad que tiene un ente o una persona para decidir sobre algún asunto. Desde la perspectiva del Derecho Internacional, la jurisdicción es la potestad que ejercen los Estados sobre su territorio -terrestre, marítimo y aéreo- para decidir sobre las personas, actos y cosas que ocurren dentro de él, e incluso, en algunos casos excepcionales, fuera de él. La jurisdicción de un Estado implica el estar dotado de una autoridad monopólica sobre todas las cuestiones y sujetos que ocurren o habitan en su territorio²¹.

Por ende, cuando en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución se utiliza la frase "jurisdicción soberana" se hace referencia a la potestad del Estado ecuatoriano de decidir sobre las personas, cosas o sucesos que ocurren dentro de su territorio, a través de la legislación, la administración de justicia u otras manifestaciones de autoridad. En otras palabras:

"La jurisdicción es una manifestación de la soberanía del Estado. Es entendida como la facultad o potestad de juzgar, es decir, de ejercer sobre determinadas personas y en

²¹ Salinas Burgos, H. (2007). *El Principio de Jurisdicción Internacional: ¿Lex Lata o Lex Desiderata?*. Revista Chilena de Derecho, Vol. 34. Nº 1. Pp. 107 - 134. Recuperado de: https://scielo.conicyt.cl/scielo.php?script=sci_arttext&pid=S0718-34372007000100007

relación a determinados hechos uno de los poderes del Estado. (...) Siendo la jurisdicción un atributo de la soberanía, sus límites iniciales son coincidentes con los que le corresponden a aquella, que en muchos aspectos viene delimitada por la de otros Estados".²²

Por su parte, el sentido natural y obvio del verbo "ceder" es dar, transferir o traspasar a alguien una cosa, acción o derecho²³. Para que exista cesión de algo debe mediar el consentimiento de quien hace la cesión, quien además debe tener el derecho y la calidad suficiente para poder hacerla.

En el caso que nos ocupa se refiere a consentir en traspasar la jurisdicción del Estado ecuatoriano, es decir la potestad de éste para decidir sobre ciertos y determinados conflictos jurídicos, a antes de arbitraje internacional. El consentimiento para someterse a la jurisdicción de un tribunal arbitral da lugar a una obligación legal internacional e implica una renuncia de la jurisdicción soberana del Estado, en las materias propias del tratado, a favor de la jurisdicción del centro o instancia de arbitraje internacional, por lo que su cesión solo puede ser consentida por el Estado a través de un tratado internacional o una ley.

Por ende, la alusión a la cesión de jurisdicción soberana que hace el primer inciso del artículo 422 de la Constitución se refiere al traslado, a una instancia de arbitraje internacional, de la potestad que tiene el Ecuador de someter a jueces ecuatorianos el conocimiento y resolución de una disputa entre el Estado ecuatoriano y personas naturales o jurídicas, nacionales o extranjeras. Así se evidencia también en el acta 51 de la Asamblea Constituyente de 20 de mayo de 2008, cuando se señala que en el primer inciso del artículo 422 de la Constitución:

"(...) se habla, concretamente, que el Estado ecuatoriano no va a ceder jurisdicción soberana cuando se trate de convenios con personas naturales, jurídicas, privadas o jurídicas-privadas; ese es el espíritu del primer inciso, es decir, un convenio que se realice con una compañía transnacional estadounidense deberá regirse por las leyes, por las normas jurídicas ecuatorianas, esa es una voluntad de ejercer soberanía sobre los convenios internacionales".

La jurisdicción es por lo tanto un atributo y potestad esencial del estado, cuya transferencia o cesión a otras instancia le corresponde en exclusiva al Estado nación, en nuestro caso, y de acuerdo con nuestra Constitución, al centro del poder político representado y ejercido por la función ejecutiva y legislativa²⁴ de conformidad con los artículos 120, 141, 147, 261 y 419 de la Constitución. No puede, por lo tanto, las personas naturales o jurídicas u otros agentes estatales, distintos de los poderes centrales, disponer de esta atribución para someterse a una instancia distinta de la

²² *Ibidem.*

²³ Real Academia Española de la Lengua. Información disponible en: <https://dle.rae.es/ceder>.

²⁴ Excepcionalmente esta disposición podría también corresponderle a una Asamblea Constituyente en los términos del artículo 444 de la Constitución.

jurisdicción estatal sin una autorización expresa de una de estas autoridades del poder político actuando de manera unilateral o conjunta según corresponda a través de la expedición de un tratado o una ley, que constituya o le de vida a una instancia jurisdiccional distinta de la estatal.

La jurisdicción a la luz del Convenio del CIADI

Sin perjuicio de lo anterior, adicionalmente habrá que analizar las reglas establecidas en el Convenio del CIADI, a efectos de determinar si el acto de ratificación o adhesión a dicho convenio, implica por un acto de transferencia de jurisdicción soberana.

Para tal efecto será necesario analizar el artículo 25 (1) del Convenio, que contiene la regla general, relativa a la determinación de la jurisdicción del Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI o el Centro).

“Artículo 25

(1) La jurisdicción del Centro se extenderá a las diferencias de naturaleza jurídica que surjan directamente de una inversión entre un Estado Contratante (o cualquiera subdivisión política u organismo público de un Estado Contratante acreditados ante el Centro por dicho Estado) y el nacional de otro Estado Contratante y que las partes hayan consentido por escrito en someter al Centro. El consentimiento dado por las partes no podrá ser unilateralmente retirado.”

Del análisis de la disposición citada es posible extraer una primera conclusión, esto es que el consentimiento en virtud del cual nace la jurisdicción del centro se perfecciona a través de dos actos autónomos que crean dos relaciones legales de naturaleza distinta²⁵, esto es:

1. La ratificación o adhesión al Convenio del CIADI; y
2. El pacto de arbitraje entre el Estado y el inversionista extranjero.

Pérez Pacheco afirma que *“el consentimiento en el sistema arbitral del Convenio de Washington requiere de dos fases: la aceptación de ser parte en el Convenio (entre Estados contratantes) y un acuerdo por escrito de las partes (entre el Estado receptor y el inversor extranjero).”*²⁶

Siguiendo a Cremades *“Para que haya sometimiento al CIADI, cualquier Estado que haya consentido en celebrar el Convenio (...) debe a su vez consentir en someter al CIADI la solución de cualquier controversia que pueda surgir de esta relación jurídica definida, y, además, la persona física o jurídica que sea nacional de un Estado contratante del Convenio deberá igualmente dar su consentimiento para que la solución de dicha*

²⁵ Cremades, B. M. (2001). *Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues*. Pg. 160. Traducción libre.

²⁶ Pérez Pacheco, Y. *Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana*. Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela. Pg. 151.

controversia sea sometida al arbitraje del CIADI. Esto constituye consentimiento de conformidad con el Artículo 25.1 del Convenio del CIADI.”²⁷

La Ratificación o Adhesión al Convenio del CIADI

El primer acto, la ratificación o adhesión al Convenio, crea una relación jurídica que involucra, exclusivamente a los Estados. Es decir, una relación en la que intervienen exclusivamente sujetos de derecho internacional, titulares originarios de la soberanía estatal y por lo tanto, las únicas entidades con los atributos y capacidad para consentir, de tal manera, que se puedan materializar en el ámbito internacional los objetivos del convenio, a través de la celebración de un tratado internacional, esto es atribuirle al CIADI la base de la jurisdicción para el cumplimiento de sus fines y la prestación de sus servicios de arbitraje y mediación.

En ese sentido Espinosa señala que *“la vigencia de este convenio internacional no se ve menoscabada por la exigencia del requisito posterior de que, para que el inversionista pueda ejercer su derecho derivado del tratado internacional a promover un reclamo arbitral, se precise de un consentimiento en un segundo instrumento distinto al Convenio CIADI mediante un tratado, un acto normativo o administrativo doméstico o un compromiso contractual, a los que por lógica, le precede la constitución originaria de la base jurisdiccional por virtud de la ratificación del referido convenio.”*²⁸

Cremades, aludiendo a la necesidad del doble consentimiento, añade que la ratificación o adhesión es un acto previo y necesario, *“una consecuencia que se desprende de lo anterior es que, como requisito previo, tanto los Estados inversionistas como los receptores y los países de origen del inversionista deben necesariamente ser partes del Convenio del CIADI, por lo que se establece la necesidad de un consentimiento dual o en dos fases.”*²⁹

De esta manera, en el caso del Convenio del CIADI, los Estados soberanos que adhieren a él consienten en constituir el Centro³⁰ y eventualmente sufragar sus gastos³¹, en aceptar el arbitraje en el caso de que las partes de una controversia decidan someterla

²⁷ Cremades, B. M. (2001). *Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues*. Pg. 161. Traducción libre.

²⁸ Espinosa, S. (2021). *La reciente suscripción del Convenio CIADI: tensiones entre el Derecho constitucional ecuatoriano y el Derecho internacional de inversiones*. Sociedad Ecuatoriana de Derecho Internacional. Boletín 11.

²⁹ *Ibidem*.

³⁰ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. (1966). Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>.

Artículo 1: (1) *Por el presente Convenio se crea el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (en lo sucesivo llamado Centro).*

³¹ *Ibidem*. Artículo 17: *Si los gastos del Centro no pudieren ser cubiertos con los derechos percibidos por la utilización de sus servicios, o con otros ingresos, la diferencia será sufragada por los Estados Contratantes miembros del Banco en proporción a sus respectivas suscripciones de capital del Banco, y por los Estados Contratantes no miembros del Banco de acuerdo con las reglas que el Consejo Administrativo adopte.*

a conocimiento del Centro³², consienten además en adecuar su normativa jurídica para permitir la implementación del Convenio³³, consienten también, salvo pacto posterior en contrario, a renunciar a agotar los recursos internos³⁴ y finalmente consienten en ejecutar obligatoria y directamente los laudos emitidos por el Centro como si fueran sentencias firmes y ejecutoriadas de su propio sistema judicial³⁵.

En palabras de Cremades, "para que este mecanismo imponga algún tipo de obligación, debe contar con el consentimiento (...) de los Estados Miembros del Banco Mundial. El consentimiento otorgado por los Estados implica la creación entre ellos de una relación jurídica capaz de generar derechos y obligaciones, que, en el caso del Convenio CIADI, se traduce en la obligación de aceptar el arbitraje CIADI (...)".³⁶

Por otra parte, la adhesión al Convenio, en cuanto acto de constitución de la base de la jurisdicción del Centro, también impacta en la validez del pacto arbitral si se toma en cuenta la nacionalidad del inversor. De este modo si el inversionista es nacional de un país que no ha ratificado o adherido al Convenio, dicho pacto de arbitraje carece de validez. Como lo indica Pérez Pacheco "(...) la eficacia de todo pacto de arbitraje Inversor-Estado celebrado al amparo del Convenio de Washington está condicionada a que se hubiere celebrado entre un Estado Contratante y un nacional de otro Estado Contratante."³⁷

En función de todo lo anterior, este primer acto del consentimiento "dual", previo y necesario, opera en el ámbito de las relaciones internacionales, en el marco del derecho internacional en el que los Estados actúan en un plano de igualdad y en ejercicio de su soberanía. Es en este acto, en donde se traslada la jurisdicción soberana para crear un centro de solución de controversias con el objeto de que éste resuelva disputas entre el Estado o sus agentes e inversores de otros Estados parte, si las partes del conflicto así lo deciden, renunciando además al agotamiento previo de las instancias internas; para someterse a sus decisiones; y para asegurar que éstas se ejecuten directamente como sentencias firmes y ejecutoriadas de su sistema judicial.

Todas estas son concesiones, relativas a la jurisdicción, que sólo pueden efectuarse por un Estado soberano en el ámbito de las relaciones internacionales regidas por el

³² Ibidem.

³³ Ibidem. Artículo 69: Los Estados Contratantes tomarán las medidas legislativas y de otro orden que sean necesarias para que las disposiciones de este Convenio tengan vigencia en sus territorios.

³⁴ Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hill. Madrid. Pg. 128.

³⁵ Ibidem. Artículo 54: (1) Todo Estado Contratante reconocerá al laudo dictado conforme a este Convenio carácter obligatorio y hará ejecutar dentro de sus territorios las obligaciones pecuniarias impuestas por el laudo como si se tratara de una sentencia firme dictada por un tribunal existente en dicho Estado. El Estado Contratante que se rija por una constitución federal podrá hacer que se ejecuten los laudos a través de sus tribunales federales y podrá disponer que dichos tribunales reconozcan al laudo la misma eficacia que a las sentencias firmes dictadas por los tribunales de cualquiera de los estados que lo integran.

³⁶ Cremades, B. M. (2001). *Arbitration between States and investors: some jurisdiction issues*. Pg. 160. Traducción libre.

³⁷ Pérez Pacheco, Y. (2012). *Objeciones a la Jurisdicción del CIADI Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 4, Nº 1. Pp. 316-333.

derecho internacional y que solo pueden materializarse a través de la celebración o adhesión a un tratado internacional y sin cuyo perfeccionamiento, a través de su ratificación, no podría tener validez ni eficacia jurídica, por sí mismo, ningún pacto posterior de arbitraje.

Pacto de arbitraje entre el Estado y el inversionista extranjero

El segundo acto está constituido por el compromiso escrito, entre el Estado y el nacional de otro Estado suscriptor del Convenio, de resolver una determinada controversia jurídica en el Centro.

El pacto de arbitraje tiene por efecto autorizar la intervención del Centro a un caso específico y determinar el ámbito específico de dicha controversia. En dicho pacto, las partes pueden incluso excluir materias precisas que no podrán ser objeto de la decisión. El pacto de arbitraje puede presentarse a través de diversos instrumentos más o menos específicos, esto es un tratado de inversiones³⁸, una ley, un decreto o un contrato³⁹.

En el caso de los pactos arbitrales referidos al CIADI, dicho pacto arbitral no implica la transferencia o la cesión de la jurisdicción soberana, pues ello ya tuvo lugar al momento de la adhesión, esto es así por cuanto la cláusula CIADI incluida en estos instrumentos no tendrá validez si es que no opera primero la adhesión al Convenio. En palabras de Vives Chillida, *"cuando el Convenio entra en vigor, las cláusulas CIADI previamente suscritas o las que concluya posteriormente podrán tener el efecto previsto en el convenio, pudiendo iniciarse un procedimiento de conciliación o arbitraje mediante demanda. La participación en el convenio se configura así como un umbrella agreement respecto del acuerdo estado inversor para recurrir al Centro."*⁴⁰

Por otra parte, es preciso señalar que, de acuerdo con el Art. 25(3) del Convenio, pueden concurrir al pacto arbitral, previamente autorizados por el gobierno central, otros agentes del estado⁴¹ como lo son sus empresas públicas. Estos agentes por su naturaleza no pueden actuar en el plano internacional en ejercicio de una potestad soberana que les permita ceder o transferir la jurisdicción estatal, ello solo es posible en virtud de la existencia de un acto previo en el que el Estado nación haya decidido ceder jurisdicción en términos generales, sólo entonces podrían recibir autorización para expresar su consentimiento en acceder a esta jurisdicción a través de un pacto arbitral.

De este modo, queda claramente establecido que el pacto de arbitraje sólo puede tener lugar sobre la base de la cesión o transferencia previa y necesaria de la base de la

³⁸ Pallares, B. (2005). *Reflexiones acerca del consentimiento del Estado para someterse al arbitraje ante el Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. Revista Alegatos Núm. 58. Disponible en: <https://biblat.unam.mx/es/revista/alegatos/23>

³⁹ Pascual Vives, F. *El Arbitraje de Inversiones en los recientes APPRI españoles*. Revista Electrónica de Estudios Internacionales. Pg. 17. Disponible en <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=3149847>

⁴⁰ Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hil. Madrid. Pg. 62.

⁴¹ Pérez Pacheco, Y. (2012). *Objeciones a la Jurisdicción del CIADI*. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 4, Nº 1. Pg. 318.

jurisdicción al Centro, producida en el acto de ratificación o adhesión, sin el cual no podría tener validez alguna. Dicho de otro modo, el pacto no transfiere la potestad estatal soberana de decidir controversias jurídicas, sino exclusivamente que una controversia cierta, determinada y acotada pueda ser resuelta por el Centro, al que previamente el Estado nación le ha cedido jurisdicción a través del Convenio del CIADI.

A este respecto, Vives Chillida señala que dado que el *“objetivo del Convenio (...) consiste en proporcionar medios de solución entre un sujeto de derecho internacional y una persona que no es sujeto de ese ordenamiento (...) era necesario, en consecuencia, establecer en el Convenio un sistema específico para obtener el consentimiento del Estado y de la persona privada extranjera para la solución de sus diferencias.”*⁴² Además, dice Vives Chillida, *“la solución de graduar la puesta en marcha de las disposiciones del Convenio con un sistema de consentimiento en dos fases era la apropiada para conseguir una mayor aceptación inicial del mismo por los Estados reticentes, fragmentándose que la prestación del consentimiento a ser parte en el Convenio no implicaba la obligación de someter ninguna controversia al CIADI, para lo que se requería un consentimiento adicional.”*⁴³

En función de lo anterior, mientras en el primer acto, es decir la ratificación o adhesión, se crea el Centro y se le transfiere jurisdicción estatal, pues el Estado se somete irrevocablemente a sus decisiones y se compromete a ejecutarlas directamente; el segundo acto implica exclusivamente el consentimiento para la aplicación de alguno de los mecanismos previstos en el Convenio (el arbitraje o la mediación) y la determinación de la competencia de sus tribunales en razón de aspectos particulares como las personas o la materia. El primer acto es principal, esencial, previo y necesario, para la aplicación del Convenio, el segundo es accesorio, eventual y su ausencia por lo tanto no implica que el Estado no haya cedido al Centro su jurisdicción soberana.

En este sentido, Vives Chillida señala que *“el Convenio establece en su artículo 54.1 una importante obligación para todos los Estados parte relacionada con los medios de solución de controversias que no está asociada al consentimiento del Estado a someter una controversia al CIADI ni sometida a condición alguna. Se trata de la obligación de reconocer y ejecutar las obligaciones pecuniarias establecidas en un laudo arbitral como si se tratara de una sentencia en firme de uno de sus tribunales. Esta obligación no deriva del consentimiento del Estado a someterse al CIADI sino de su participación en el convenio porque recae igualmente sobre los Estados parte que no son ni el Estado parte en la diferencia ni el Estado del que es nacional el inversor parte en la diferencia.”*⁴⁴

El carácter principal, esencial, previo y necesario del acto de ratificación o adhesión se puede observar en la historia de la relación del Ecuador con el CIADI. Como se señaló en los antecedentes de la presente demanda, la primera vez que se suscribió y ratificó el Convenio en enero de 1986, surgieron serias dudas en relación con su validez, toda vez

⁴² *Ibidem*

⁴³ *Ibidem*

⁴⁴ Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hill. Madrid. Pg. 63.



que la suscripción y ratificación del mismo tuvieron lugar el mismo día, el 15 de enero de 1986, lo que no podía haber ocurrido porque la Codificación de la Constitución de 1984 disponía que la ratificación de los tratados internacionales requería la aprobación previa del Congreso Nacional de la época.

En virtud de lo anterior, hubo requerimientos de distintas autoridades del país señalando la necesidad de que opere la ratificación del tratado de acuerdo con las solemnidades previstas en la Constitución lo que finalmente ocurrió recién en febrero del 2001.

Sin embargo, durante 1986 y el 2001, el Estado ecuatoriano suscribió varios pactos de arbitraje CIADI, contenidos en contratos y tratados bilaterales de protección de inversiones, ninguno de estos pactos de arbitraje se aplicó en los hechos hasta que no tuvo lugar la ratificación del Convenio del CIADI y su posterior depósito en 2001. En efecto, la primera demanda contra el Ecuador en el CIADI tuvo lugar el 5 de octubre de 2001⁴⁵ es decir tan solo 6 meses después de su ratificación.⁴⁶

De este modo, es posible afirmar que tanto para las autoridades ecuatorianas de la época como para los propios inversionistas extranjeros no se consideró trasladada la jurisdicción estatal del Ecuador al CIADI, mientras esta no se produjo mediante la ratificación del Convenio bajo todas las solemnidades previstas en la Constitución.

Sostener que la cesión de jurisdicción tiene lugar solo una vez que se ha celebrado un pacto de arbitraje implicaría el absurdo de estimar que la Corte Constitucional debería realizar el control abstracto de constitucionalidad de cada uno de los pactos arbitrales que tengan por objeto llevar al Centro una controversia Estado-Inversor; o, al absurdo de sostener que la jurisdicción de los Centros de Arbitraje y Mediación nacionales, no deviene de la Constitución y la ley, sino de los acuerdos de particulares que deciden someter sus diferencias a dichas instancias, cuando sabemos que si la Constitución y la ley no reconociera al arbitraje y la mediación como equivalentes jurisdiccionales en su artículo 190⁴⁷, dichos acuerdos carecerían de validez, como en efecto sucede en aquellas materias en las que los acuerdos no están expresamente autorizados o prohibidos por la Constitución y la ley.

En virtud de todos los elementos señalados, queda claro que el Convenio del CIADI es un tratado internacional en virtud del cual el Estado ecuatoriano ha expresado su beneplácito y se ha comprometido en el plano internacional a: la creación de un Centro que eventualmente va a ejercer en su lugar, ciertas y determinadas potestades jurisdiccionales; a renunciar, salvo pacto posterior en contrario, al agotamiento de los recursos internos; y, a someterse a las decisiones de dicho Centro y ejecutarlas

⁴⁵ <https://icsid.worldbank.org/cases/case-database/case-detail?CaseNo=ARB/01/10>

⁴⁶ Espinosa S. (2019). *Ecuador and International Investment Law and Policy: Between Constitutional Sovereignty and State Responsibility*. Maastricht. Pg.233.

⁴⁷ Constitución de la República del Ecuador. (2008). 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.*

directamente como si se tratase de sentencias firmes y ejecutoriadas dictadas por sus tribunales de justicia.

Todas estas son concesiones que implican renunciar a la jurisdicción soberana del Estado y sin cuyo traslado mediante un tratado internacional cualquier pacto de arbitraje posterior carece de validez.

Cesión de Jurisdicción a Instancias de Arbitraje Internacional

Una vez determinado que la adhesión al Convenio constituye un acto de cesión de jurisdicción soberana ejecutada a través de un tratado internacional en el marco de las relaciones internacionales regidas por el derecho internacional al que los Estados parte concurren en ejercicio de su soberanía y en un plano de igualdad, corresponde analizar si dicha cesión recae en una instancia de arbitraje internacional.

De conformidad con lo dispuesto en los artículos 1, 18, 19, 21, 27, 36 y siguientes, aparece con total claridad que el Centro es un órgano con plena personalidad jurídica internacional que goza, al igual que su presidente, miembros del consejo directivo, árbitros y conciliadores de ciertos privilegios e inmunidades propias del derecho internacional en el territorio de los Estados parte del convenio y que aplica para la solución de las controversias que son sometidas a su decisión, entre otros, un procedimiento arbitral.

En este sentido, 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.

Naturaleza de la Controversia

De conformidad con lo dispuesto en el artículo 1 del Convenio del CIADI, el Centro tiene por finalidad *“facilitar la sumisión de las diferencias relativas a inversiones entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes a un procedimiento de conciliación y arbitraje (...)”*. Por su parte el tenor literal del artículo 422 dispone que la prohibición de cesión de jurisdicción debe estar referida a *“controversias contractuales o de índole comercial”*.

Para dilucidar si el Convenio del CIADI se encuentra inmerso en la prohibición del artículo 422 habrá que determinar si las controversias contractuales o de índole comercial pueden subsumirse en el concepto de inversión de acuerdo con el contenido de dicho convenio.

En ese sentido es preciso señalar lo siguiente:



En primer lugar habrá de señalarse que no es la denominación de disputa comercial o contractual la que califica la prohibición constitucional, sino la determinación de la responsabilidad internacional del Estado por el ejercicio de prerrogativas soberanas⁴⁸

Por otra parte, cualquier intento por establecer una mutua exclusión entre las disputas de inversión con las disputas comerciales es un asunto superado en el ámbito del Derecho Internacional de Inversiones. La misma Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional contempla que las actividades comerciales engloban a las inversiones.

“Debe darse una interpretación amplia a la expresión “comercial” para que abarque las cuestiones que se plantean en todas las relaciones de índole comercial, contractuales o no. Las relaciones de índole comercial comprenden las operaciones siguientes, sin limitarse a ellas: cualquier operación comercial de suministro o intercambio de bienes o servicios, acuerdo de distribución, representación o mandato comercial, transferencia de créditos para su cobro (“factoring”), arrendamiento de bienes de equipo con opción de compra (“leasing”), construcción de obras, consultoría, ingeniería, concesión de licencias, inversión, financiación, banca, seguros, acuerdo o concesión de explotación, asociaciones de empresas y otras formas de cooperación industrial o comercial, transporte de mercancías o de pasajeros por vía aérea, marítima, férrea o por carretera.”⁴⁹

Dado que el Convenio de Washington no define lo que se entiende por “inversión”⁵⁰, “cuando [éste] establece como condición para acceder a la jurisdicción arbitral CIADI que se trate de una controversia en materia de inversión, en la práctica, la determinación de dicha condición plantea innumerables dificultades.”⁵¹

De ahí que cabe indicar, además, que es un conflicto recurrente en la fase jurisdiccional de todo arbitraje de inversiones dilucidar la naturaleza de la controversia suscitada a propósito de una inversión. En tal sentido, Stratos Pahis afirma:

“El Derecho Comercial Internacional, por ello, categoriza a la inversión como un tipo de actividad comercial. Esto sugiere que no existe una línea entre inversión y actividades comerciales, sino entre actividades comerciales que constituyen inversiones y actividades comerciales que no son inversiones”. Este traslape

⁴⁸ Véase Espinosa, S. *The Evolution of the System of Foreign Investment Protection in Ecuador* y Chaisse, J. et al. (eds.). (2020). *Handbook of International Investment Law and Policy*. Springer Nature Singapore Pte Ltd. Disponible en: https://doi.org/10.1007/978-981-13-5744-2_85-1

⁴⁹ Segundo pie de página de la Ley Modelo de la CNUDMI sobre Arbitraje Comercial Internacional, (Documentos de las Naciones Unidas A/40/17, anexo I, y A/61/17, anexo I), (Aprobada el 21 de junio de 1985 y enmendada el 7 julio de 2006 por la Comisión de las Naciones Unidas para el Derecho Mercantil Internacional). Lo subrayado es nuestro.

⁵⁰ Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hil. Madrid. Pg. 102.

⁵¹ Pérez Pacheco, Y. (2012). *Objeciones a la Jurisdicción del CIADI. Cuadernos de Derecho Transnacional*. Vol. 4, Nº 1. Pg. 323.

entre transacciones comerciales y transacciones de inversiones es probablemente lo que ha llevado a los tribunales y comentaristas a calificar que el artículo 25 no se extiende a “meras transacciones comerciales” o “transacciones comerciales ordinarias”. La categorización de “meras” y “ordinarias” puede ser entendida como una referencia a transacciones comerciales que tampoco son inversiones. Pero esta es otra forma de decir que “las inversiones” no constituyen “transacciones comerciales que no son inversiones”. Es una tautología que simplemente nos regresa a la pregunta de qué es una inversión en primer lugar⁵².

Concordantemente, como señala el mismo Pahis, al citar la concepción de un reconocido comentarista del término comercial, este término “se refiere a una relación que involucra un intercambio económico donde una o (ambas) partes, contemplan obtener una ganancia u otro beneficio”, lo cual debería ser interpretado “liberal y expansivamente” para incluir todo tipo de negocios, aspectos financieros, de consultoría, de inversiones, técnico y cualquier otro tipo de empresa.⁵³

Siguiendo esta línea argumentativa, Vives Chillida analiza la jurisprudencia del CIADI y señala que, de acuerdo con ésta, es posible encontrar una gran variedad de actividades que entran en la definición de inversión y por lo tanto en la jurisdicción del CIADI, como por ejemplo: contratos de explotación de recursos naturales no renovables, inversiones industriales para la elaboración de manufacturas, construcción de hoteles y viviendas, acuerdos para la construcción de plantas industriales con transferencia de tecnología o acuerdos para la formación de pescadores y explotación de barcos. Es decir una gama de actividades que hace inútil buscar establecer una diferenciación⁵⁴.

También en el mismo sentido, Pérez Pacheco afirma que “las inversiones son usualmente operaciones compuestas por varias transacciones interrelacionadas. Las transacciones por sí mismas pueden no calificar como una inversión. Sin embargo, cuando una disputa es llevada ante el CIADI, el tribunal debe analizar toda la operación y no sólo la transacción en cuestión. Si la operación en su conjunto puede ser calificada como una inversión, aun cuando no sea una inversión directa y si la disputa ha surgido directamente de esa operación a través de esa transacción, entonces el CIADI tendrá jurisdicción.”⁵⁵ La autora señala que “las objeciones a la jurisdicción que suelen presentarse vinculadas con estos aspectos consisten en determinar si la reclamación planteada es una “diferencia de naturaleza jurídica” y si esta surge “directamente de

⁵² Stratos, P. Investment Misconceived: *The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law*. The Yale Journal of International Law. Vol. 45:1. Pp. 107-108. La referencia al artículo 25 corresponde al Convenio del CIADI. Traducción libre.

⁵³ Born, G. (2014). *International Commercial Arbitration*. Volume I. International Arbitration Agreements en “Investment Misconceived: The Investment-Commerce Distinction in International Investment Law”. Pp. 299-300 y Stratos, P. *The Yale Journal of International Law*. Vol. 45:1. Pg. 107.

⁵⁴ Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hill. Madrid. Pg. 100.

⁵⁵ Pérez Pacheco, Y. (2012). *Objeciones a la Jurisdicción del CIADI*. Cuadernos de Derecho Transnacional. Vol. 4, Nº 1. Pg. 324.

una inversión, en los términos del artículo 25(1) del Convenio (...); si la controversia versa sobre materias que han sido excluidas por el Estado demandado de conformidad con el artículo 25(4) del Convenio; o bien si coexiste más de un mecanismo de resolución de controversias entre las partes contenido en instrumentos distintos.”⁵⁶ “Cuando se presenta una objeción a la jurisdicción en la cual se discute si la materia sometida a arbitraje constituye o no una inversión, el Tribunal debe decidir, tomando en consideración el artículo 46 del Convenio de Washington y la Regla de Arbitraje 40, si esas reclamaciones surgen directamente de la materia controvertida, si se encuentran dentro del alcance del consentimiento de las partes y, en consecuencia, dentro de la jurisdicción del Centro.”⁵⁷

La doctrina internacional y el mismo arbitraje de inversiones, se han mostrado conformes con una interpretación liberal y expansiva del término “comercial” a efectos de expandir la cobertura de inversiones; una interpretación diferente traería la nefasta consecuencia de vaciar de efectividad a la prohibición constitucional y perpetuaría la sujeción del Estado a la responsabilidad por actos internacionalmente ilícitos en todos los casos en que una prerrogativa soberana se atreva a tocar intereses privados.

Hoy en día, los representantes de la industria arbitral abogan por una interpretación restrictiva del término comercial y contractual para burlar la prohibición constitucional, pero defienden su alcance expansivo para asegurar su protección en instancias arbitrales de inversiones. Esta posición cínica y lesiva al ordenamiento constitucional no puede ser refrendada por la Corte Constitucional.

De este modo, aparece claro que el Convenio del CIADI implica la cesión de jurisdicción soberana a instancias de arbitraje internacional, en controversias contractuales o de índole comercial.

Controversias entre el Estado y personas naturales o jurídicas

Finalmente, en este apartado queda por determinar si el Convenio del CIADI está referido o no a controversias entre el Estado y personas naturales o jurídicas. En función de lo señalado hasta aquí en la presente acción y de las disposiciones del artículo primero del Convenio aparece con absoluta claridad que el Convenio de Washington tiene por objetivo justamente solucionar, a través de procedimientos de mediación o arbitraje, las controversias jurídicas entre Estados Contratantes y nacionales de otros Estados Contratantes.

De acuerdo con Pérez Pacheco “(...) el CIADI conoce de disputas surgidas entre inversionistas y Estados, excluyéndose las disputas entre inversionistas, así como aquellas entre Estados. Esta es una característica propia del arbitraje en materia de inversión que constituye excepción al principio predominante en el Derecho internacional según el cual las relaciones internacionales son relaciones entre Estados.”⁵⁸

⁵⁶ *Ibíd.*, pg. 323.

⁵⁷ *Ibíd.*, pg. 325.

⁵⁸ *Ibíd.*, pg. 317.



Al respecto Vives Chillida señala que *“una de las características más originales del Convenio de Washington reside en que las controversias cuya solución debe facilitar el CIADI son controversias entre Estados y nacionales de otros Estados. Bajo esta simple formulación, Estados y nacionales de otros Estados encontramos una mayor diversidad de sujetos que pueden actuar. Por parte del Estado, o, eo nomine, de su gobierno, la competencia CIADI abarca también a subdivisiones políticas u organismos públicos dependientes del Estado. Por parte de los nacionales de otros Estados, personas físicas y personas jurídicas.”*⁵⁹

Excepciones a la Prohibición (inciso segundo)

Finalmente, en este punto, corresponde analizar si el Convenio del CIADI no está considerado dentro de los tratados internacionales a los que aplican las excepciones del inciso segundo del artículo 422 de la Constitución.

Art 422 .- (...):

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.

Es decir que el Tratado Internacional se acote a diferencias entre el Estado y ciudadanos en Latinoamérica; y, que la controversia sea decidida por instancias arbitrales regionales u órganos jurisdiccionales de designación de los países signatarios.

Como se ha evidenciado, el Convenio del CIADI es un tratado multilateral ratificado por 164 países del mundo, de manera que su ámbito de aplicación excede con mucho la escala regional latinoamericana y por ende eventualmente podría abarcar controversias con nacionales de países más allá de América Latina.

Por otro lado, el Convenio del CIADI tiene por objeto instituir el Centro sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones, y como se argumentó, obliga a los Estados a someterse a sus decisiones renunciando al agotamiento de instancias domésticas y a aplicar de manera directa sus decisiones. De ese modo, el Convenio no prevé otra instancia arbitral u otro organismo jurisdiccional que no sea dicho Centro, el mismo que, de acuerdo con el artículo dos de la Convención, funciona en las oficinas del Banco Internacional de Reconstrucción y Fomento, también conocido como Banco Mundial cuya sede es la ciudad de Washington D.C., la que además le da el nombre a su Convenio de Constitución⁶⁰.

⁵⁹ Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hil. Madrid. Pg. 102.

⁶⁰ <https://www.bancomundial.org/es/who-we-are>

Consecuentemente, queda claro que el Convenio de Washington, no cabe dentro de las excepciones previstas en el inciso segundo del artículo 422 y su aprobación le está prohibida al Estado ecuatoriano y es, por lo tanto, inconstitucional.

Conclusiones en relación a la prohibición del Artículo 422

En función del análisis jurídico hasta aquí desarrollado se ha demostrado que, a la luz del contenido del Convenio del CIADI, su jurisprudencia y de la doctrina que lo estudia, la ratificación y adhesión de dicho instrumento internacional está prohibida por el artículo 422 de la Constitución. Esto por cuanto dicho convenio:

1. Impone obligaciones internacionales al Estado ecuatoriano que, a todas luces, implican la renuncia a potestades jurisdiccionales soberanas que son la base de la jurisdicción del Centro y sin las cuales el Convenio sería incapaz de producir efectos jurídicos internacionales.

Por virtud de la ratificación de dicho Convenio, el Estado ecuatoriano se ha obligado a someterse a las decisiones del Centro; a abstenerse, salvo acuerdo en contrario, de requerir el agotamiento de instancias internas. Es decir, ha renunciado, casi de manera absoluta, a la intervención de sus tribunales; y se ha obligado a adecuar su marco jurídico interno para permitir la aplicación de las instituciones del Convenio y, a ejecutar de manera directa sus laudos y decisiones como si éstas fueran sentencias firmes y ejecutoriadas emitidas por sus tribunales y cortes de justicia.

La ratificación o adhesión al Convenio es por lo tanto un acto principal, previo y necesario, ejecutado exclusivamente por Estados dotados de jurisdicción y regido por el derecho internacional, sin el cual los tribunales del Centro no pueden intervenir, y sin el cual, los pactos de arbitraje con cláusula CIADI carecen de eficacia jurídica, como se evidencia en la misma jurisprudencia del Centro, así como en la propia experiencia del Estado ecuatoriano entre 1968 y el 2001, año en el que el Convenio es ratificado por el Congreso.

Esto es además corroborado por diversos autores, entre ellos González Muñoz y Rodrigo Rojo, quienes afirman que bajo el sistema CIADI *"no puede ignorarse que los países están sometidos a fallos que son emitidos por tribunales internacionales y establecen limitaciones a la soberanía. (...) el solo hecho de recurrir a una instancia distinta a la de los tribunales locales implica una renuncia a la facultad de jurisdicción."*⁶¹ A esto, Vives Chillida añade *"se ha dicho que la gran innovación operada por el Convenio, (...) es el reconocimiento, en el plano internacional, del carácter obligatorio de los compromisos de las partes y,*

⁶¹ González Muñoz, R. y Rodrigo Rojo. (2008). *Acuerdos Internacionales en Materia de Inversión: Las Implicancias para la Soberanía Nacional*. Nomos. Universidad de Viña del Mar. Nº 1. Pg. 119.

en particular, de las limitaciones de soberanía inherentes al consentimiento dado por un Estado en el marco del Convenio.⁶²

2. Implica la creación del CIADI que, como se pudo establecer, es una entidad con personalidad jurídica internacional, cuyos miembros gozan de las inmunidades propias de este tipo de entidades y que tiene por objeto la implementación de procedimientos de arbitraje;
3. Su objetivo es la solución de controversias relativas a una amplia gama de contratos y transacciones comerciales que son susceptibles de ser consideradas como inversiones, como así lo ha señalado la jurisprudencia del Centro y la doctrina que estudia el arbitraje de inversiones;
En este punto es menester recalcar el doble rasero de la industria del arbitraje que para efectos de una interpretación constitucional que favorezca su implementación procure una interpretación restrictiva, mientras en la práctica del arbitraje internacional es bien conocida la interpretación expansiva del concepto de inversión para extenderla a un abanico de materias;
4. Tiene la particularidad excepcional de constituir a las personas naturales y jurídicas nacionales de los Estados parte, en sujetos de derecho internacional que pueden demandar a los Estados parte ante el Centro; y,
5. Finalmente, por su naturaleza multilateral y porque uno de sus objetivos es la creación de un Centro de arbitraje y mediación internacional, no es posible sostener que el Convenio es de aquellos cobijados por la excepcionalidad prevista en el inciso segundo el artículo 422.

3.3.2. Incompatibilidad estructural del CIADI y del Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor con la Constitución.

Por otra parte, es preciso que la Corte Constitucional, al momento de decidir sobre esta acción de inconstitucionalidad realice un análisis integral, que vaya más allá de lo establecido en el artículo 422 y considere que el Convenio de Washington es un engranaje que integra un mecanismo más grande: el Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor.

Este Sistema está compuesto por una red de tratados internacionales, tribunales de arbitraje y estándares de protección, cuya implementación ha despertado enormes dudas en la comunidad internacional respecto a su juridicidad, imparcialidad y justicia. Esto por cuanto en la práctica las decisiones de los tribunales de arbitraje internacional han afectado irremediablemente la capacidad de los estados para definir políticas públicas y emitir regulaciones para la protección de los derechos de las personas y

⁶² Vives Chillida, J. (1998). *El Centro Internacional de Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones (CIADI)*. McGraw Hill. Madrid. Pg. 66.

además porque bajo su aplicación graves violaciones a los derechos económicos sociales y culturales de las personas, causadas por compañías transnacionales en el Ecuador y en el mundo, han quedado en la impunidad, trasladando la responsabilidad de dichas corporaciones a los estados soberanos.

Para Pérez Pacheco, "la experiencia latinoamericana demuestra que reclamos abusivos y temerarios por parte de (...) inversores [extranjeros] encuentran asidero en tratados que no han tomado en consideración los procesos socio-políticos e institucionales de los Estados receptores de inversión."⁶³

Otras incompatibilidades con la Constitución

El Título IV de la Constitución regula el Régimen de Desarrollo. De conformidad con lo señalado en su artículo 275, éste régimen se define como "el conjunto organizado, sostenible y dinámico de los sistemas económicos, políticos, socio-culturales y ambientales, que garantizan la realización del buen vivir, del *sumak kawsay*."

En el marco de ese régimen, se establece que para la promoción y dinamización del trabajo y la producción⁶⁴, entre otros lineamientos, corresponderá al Estado la promoción de las inversiones, nacionales y extranjeras. Para ello, siguiendo dicha disposición, el Estado deberá observar cuatro preceptos fundamentales.⁶⁵

1. Prioridad de la inversión nacional,
2. Obligación de regular la inversión;
3. La complementariedad de la inversión extranjera respecto de la inversión nacional;
4. Sujeción de la inversión extranjera al marco jurídico nacional, a la aplicación de los derechos y a la planificación nacional.

Priorización de la inversión nacional

El convenio del CIADI y el Sistema de Protección de Inversiones Estado-Inversor son incompatibles con la obligación estatal de priorizar la inversión nacional puesto que el Convenio y todos los instrumentos jurídicos que constituyen el Sistema están orientados a colocar a los inversionistas extranjeros en una situación de privilegio respecto de los nacionales.

El Convenio del CIADI y los diversos instrumentos que conforman el sistema, conceden a los inversionistas extranjeros prerrogativas exorbitantes. Por una parte, se les permite extrapolar sus controversias con el Estado a instancias de arbitraje internacional de manera directa y sin que sea necesario agotar los recursos o instancias locales, prerrogativa que no está contemplada ni siquiera en materia de derechos humanos; y, por otra parte, se concede a los inversionistas extranjeros la posibilidad de acceder a un

⁶³ Pérez Pacheco, Y. *Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana*. Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela. Pg. 165.

⁶⁴ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Título VI, Régimen de Desarrollo, Capítulo VI Producción y trabajo, Arts. 319 - 339.

⁶⁵ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 339.

ordenamiento jurídico paralelo, compuesto por los estándares de protección a la inversión extranjera directa (IED), contenidos en el extenso entramado de acuerdos y tratados internacionales que se han desarrollado expansivamente a favor de los inversionistas a través de la jurisprudencia de los tribunales arbitrales y que progresivamente se han ido incorporando al conjunto de normas que conforman el derecho internacional.

Regulación de la inversión y sujeción de la inversión al ordenamiento jurídico nacional, a la aplicación de los derechos y a la planificación nacional.

Por otra parte, de acuerdo con la Constitución, la promoción de la inversión nacional y extranjera como elementos necesarios para el apalancamiento del trabajo y la producción en el marco del régimen de desarrollo se establece por una parte la obligación de este de regular la inversión y la obligación de la inversión extranjera de complementarse con la inversión nacional y someterse al ordenamiento jurídico, a la aplicación de derechos y a la planificación nacional.

El desarrollo reciente del derecho de las inversiones, derivado de la vertiginosa escalada que en el último tiempo han tenido las demandas de inversionistas extranjeros en contra de Estados soberanos, amparados en el sistema de solución de controversias, han demostrado que la aplicación del arbitraje internacional constituye una verdadera camisa de fuerza para los estados para la implementación de políticas públicas y la emisión de regulaciones en cuanto estas pudieran afectar directa o indirectamente los derechos o incluso las expectativas de ganancia de las empresas transnacionales con la consecuencial afectación de los derechos de las persona cuando las regulaciones y las políticas tiene por objeto la garantía de los derechos de las personas y de la naturaleza.

*A este respecto, Pérez Pacheco afirma que "se observa un modelo excesivamente proteccionista de los inversores extranjeros, por lo cual se ha originado un importante número de demandas arbitrales contra Estados latinoamericanos, cuyos procedimientos concluyen en condenas para los Estados por cuantiosas sumas de dinero, por concepto de indemnizaciones a los inversores, por supuestas violaciones de los Estados a estándares internacionales previstos en los tratados de inversión."*⁶⁶

En el mismo sentido, Cecilia Olivet et al., afirman que el Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor es, en gran medida, utilizado "por poderosas corporaciones para demandar a los Gobiernos cuando éstas consideran que un cambio en las políticas del Estado –aun cuando el cambio busque proteger a la salud pública o el medio ambiente– afecta sus ganancias. Los costos de estas demandas pesan sobre los Gobiernos en forma de grandes facturas legales, el debilitamiento de la regulación social

⁶⁶ Pérez Pacheco, Y. *Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana*. Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela. Pg. 166.



y ambiental y un peso en las cargas fiscales de las personas, a menudo en países con importantes necesidades sociales y económicas.”⁶⁷

El texto constitucional, congruente con su modelo de desarrollo, de acuerdo con el cual la planificación es una herramienta esencial para la definición de objetivos y políticas de desarrollo que son vinculantes para todo el aparato estatal e indicativas para el sector privado, dispone que la inversión extranjera deberá articularse a la planificación nacional. Idénticos argumentos a los expresados en relación con la limitación de las potestades regulatorias del estado, permiten explicar por qué la ratificación del Convenio pone en peligro y en la práctica vuelve imposible el mandato Constitucional, de acuerdo con el cual la inversión extranjera debe sujetarse a la planificación nacional. La falta de adecuación entre la inversión extranjera y los objetivos nacionales ponen en peligro el logro del desarrollo y la garantía misma de derechos.

Pérez Pacheco señala que *“si bien, en el contexto de la inversión extranjera, los tratados bilaterales son instrumentos necesarios para el manejo de las relaciones internacionales, pero si no existen parámetros preestablecidos sobre las prioridades de desarrollo de las naciones se corre el riesgo de que se impongan los modelos y condiciones de los países exportadores de capitales, con un marco excesivamente proteccionista para los inversores extranjeros en detrimento de la economía nacional.”*⁶⁸

En tal virtud la ratificación del convenio del CIADI y a través de él la implementación del Sistema de Solución de Controversias Estado Inversor es contraria con la obligación consagrada en la Constitución de regular, establecer requisitos a los inversionistas extranjeros y la obligación de la inversión extranjera de adecuarse al ordenamiento jurídico nacional, la planificación nacional y la aplicación de derechos.

Principio de igualdad y no discriminación.

Todo lo anterior impacta además al principio de igualdad entre ecuatorianos y extranjeros contenido en la Constitución y de acuerdo con el cual *“Las personas extranjeras que se encuentren en el territorio ecuatoriano tendrán los mismos derechos y deberes que las ecuatorianas, de acuerdo con la Constitución.”*⁶⁹

Sin perjuicio de lo anterior es preciso señalar que las reglas y principios que regulan el principio de igualdad admiten excepciones, de acuerdo con las cuales, bajo ciertas y determinadas circunstancias, sería posible establecer diferencias, sin que ello implique, per sé, la aplicación de un trato injusto o discriminatorio.

Para ello, la Corte Constitucional en su jurisprudencia⁷⁰ desarrolló un mecanismo que permite a los jueces determinar los casos en los que un trato diferenciado puede tener

⁶⁷ Olivet, C. et. al. (2012). *Cuando la justicia es un negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Corporate Europe Observatory y Transnational Institute. Pg. 7.

⁶⁸ Pérez Pacheco, Y. *Arbitraje inversor-Estado desde la perspectiva latinoamericana*. Instituto de Derecho Privado de la Universidad Central de Venezuela. Pg. 166.

⁶⁹ Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 339.

⁷⁰ Corte Constitucional del Ecuador. (2012). Sentencia No. 245-12-SEP-CC.



lugar, sin que por ello pueda considerarse discriminatorio. De conformidad con este mecanismo, la situación concreta debe analizarse a través de los siguientes parámetros:

1. La existencia de un objetivo perseguido a través del establecimiento del trato desigual;
2. La validez de ese objetivo a la luz de la Constitución, y
3. La razonabilidad del trato desigual, es decir, la relación de proporcionalidad entre ese trato y el fin perseguido.

El objetivo del CIADI y el Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor

De acuerdo con el preámbulo del convenio, el objetivo de este instrumento es el logro del desarrollo económico a través de la cooperación internacional tomando en cuenta la función que en ese campo desempeñan las inversiones internacionales de carácter privado, y que la solución de controversias a través de medios internacionales es uno de los mecanismos apropiados para estos casos.⁷¹

Por otro lado, es de conocimiento público que quienes aducen la necesidad de adherir al Convenio del CIADI y en general a los tratados e instrumentos del Sistema, se fundamentan en el hecho de que estos instrumentos son determinantes para brindar seguridad jurídica y consecuentemente atraer inversión extranjera directa.

De este modo, los objetivos pueden traducirse en el logro de desarrollo económico, seguridad jurídica y atracción de inversión extranjera directa.

¿Los objetivos son válidos a la luz de la Constitución?

Los objetivos de desarrollo económico, seguridad jurídica y atracción de inversión extranjera directa son, en principio, plenamente válidos a la luz de la Constitución ecuatoriana. No obstante, resulta discutible que para alcanzarlos se pueda desconocer disposiciones expresamente previstas para la inversión como mecanismo de impulso a la producción y el trabajo, como son la priorización de la inversión nacional, el carácter complementario de la inversión extranjera respecto de la inversión nacional, y la necesidad de su regulación y la sujeción irrestricta de la inversión extranjera al ordenamiento jurídico, a la planificación del desarrollo y a la aplicación de los derechos, establecidos en el artículo 339 de la Constitución.

En este aspecto, aunque no es posible acreditar la invalidez de los objetivos a la luz de la Constitución, sí es posible señalar dudas en relación al mecanismo definido para su logro.

Proporcionalidad entre el trato desigual y el fin perseguido

El trato desigual que opera en función del Convenio del CIADI y los instrumentos del Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor consiste en entregar en exclusiva

⁷¹ Convenio sobre Arreglo de Diferencias Relativas a Inversiones entre Estados y Nacionales de Otros Estados. (1966). Pg. 11. Disponible en: <https://icsid.worldbank.org/sites/default/files/documents/ICSID%20Convention%20Spanish.pdf>

a los inversionistas extranjeros la posibilidad de acudir directamente al Centro para resolver sus conflictos jurídicos con el Estado así como la posibilidad también exclusiva de que a su respecto se aplique una serie de estándares de protección no concebidos para los inversionistas nacionales y que en buena medida se traducen en la imposibilidad real de los Estados receptores de establecer requisitos o regulaciones a los inversionistas extranjeros. Una prerrogativa excepcionalísima en el derecho internacional, que ni siquiera se ha conferido a las personas en materia de Derechos Humanos, materia en la que, si bien se admite la posibilidad de demandar al Estado ante instancias internacionales, se exige primero el agotamiento de todas las instancias judiciales internas.

En este punto y a efectos de determinar esta proporcionalidad, cabe preguntarse cuál ha sido el desempeño del Convenio del CIADI en Ecuador, desde su primera celebración en 1986 y hasta el 2009, año en el que fue denunciado, en términos de la atracción efectiva de inversiones y el logro del desarrollo económico o el mejoramiento de la calidad de vida de las personas. De acuerdo con datos de la Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones (en adelante CAITISA)⁷² el desempeño en términos de atracción de inversiones de los diversos instrumentos del Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor entre los que se encuentra el Convenio del CIADI es bastante pobre:

- El aporte de la (IED) a la formación bruta de capital fijo se sitúa debajo del 3% (2008-2013). Y la mitad de esta inversión consiste en reinversión de utilidades. Es decir, no son nuevos recursos que ingresan a la economía ecuatoriana.
- Solo en el año 2013, las empresas subsidiarias de la IED remesaron. En otras palabras, salieron del Ecuador alrededor de USD 3.822 millones por concepto de utilidades. Este monto de un solo año es comparable a la mitad de la IED entrante registrada entre 2006 y 2016.

En este sentido, Poulsen sostiene que *“un gran número de estudios y encuestas indican (...) que la gran mayoría de las multinacionales no parecen tener en cuenta los TBI a la hora de determinar dónde y cuánto invertir en el extranjero.”*⁷³ Poulsen señala que *“en primer lugar, los negociadores de TBI de los Estados exportadores de capital rara vez preguntan sobre los TBI y si lo hacen es típicamente cuándo han surgido disputas y no cuándo planean invertir. En segundo lugar, - y sorprendentemente - los tratados tienen muy poco impacto sobre la cobertura de las Pólizas de Riesgos Políticos y las políticas tarifarias.”*⁷⁴

⁷² Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador. (2017). *Informe Ejecutivo, Auditoría integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador*. Quito. Pp. 93-96.

⁷³ Poulsen, L. (2010). *The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*. Yearbook on International Investment Law and Policy. New York: Oxford University Press. Pg. 1. Traducción libre.

⁷⁴ *Ibíd.*

Por su parte, Ghiotto, afirma que *“se ha demostrado que los inversores han mirado otras cuestiones más relevantes que la existencia de TBI, como el tamaño de la economía, el desarrollo del mercado interno, el precio de la mano de obra, etc. Esencialmente, la capacidad de generar ganancia en el país receptor. Esto hace que los instrumentos firmados por los países puedan ser cuestionados, ya que se cedió soberanía a cambio de un beneficio que nunca llegó.”*⁷⁵

Poulsen ejemplifica lo anterior refiriéndose a Brasil: *“el caso de Brasil es un recordatorio útil de que los TBI no son necesarios para los países en desarrollo que pretenden atraer capital del exterior. Brasil es el único país en desarrollo que no ha ratificado ningún TBI, tratados de inversión regionales o multilaterales, o la propia convención del CIADI. No obstante, los diferentes gobiernos brasileños han tenido mucho éxito atrayendo inversiones extranjeras durante las últimas dos décadas, y Brasil sigue siendo uno de los países más atractivos para invertir para las multinacionales.”*⁷⁶

En relación con el logro del desarrollo económico, los datos de CAITISA señalan lo siguiente:⁷⁷

- Las cifras oficiales analizadas por CAITISA reflejan un bajo dinamismo de la producción global en las provincias donde se localizaron las inversiones de las corporaciones de IED que demandaron al Ecuador ante instancias de arbitraje internacional.
- La contribución de las empresas de IED a la generación de empleo en el Ecuador ha sido mínima, dada la naturaleza de las actividades extractivas de las mismas que son intensivas en equipos y maquinaria.
- Los indicadores sociales de la población ubicada en áreas de influencia de las empresas de IED que demandaron al Ecuador ante instancias de arbitraje internacional revelan situaciones de precariedad en salud, educación, analfabetismo, acceso a servicios de agua potable, energía eléctrica y salubridad durante el tiempo de permanencia de dichas corporaciones.
- Muchas de las intervenciones en terrenos campesinos y comunitarios por parte de estas corporaciones se realizaron sin reconocimiento de los derechos de propiedad de comuneros y campesinos.
- Se detectaron cambios sustantivos en los modos de vida tradicional de pueblos y comunidades asociados a la producción, alimentación y medios de subsistencia.

⁷⁵ Ghiotto, L. (2016). América Latina y el poder corporativo: Una crítica a los compromisos asumidos en materia de inversiones extranjeras. Revista Nueva Sociedad. Disponible en: <https://www.nuso.org/articulo/america-latina-y-el-poder-corporativo/>

⁷⁶ Poulsen, L. (2010). *The Importance of BITs for Foreign Direct Investment and Political Risk Insurance: Revisiting the Evidence*. Yearbook on International Investment Law and Policy. New York: Oxford University Press. Pg. 26. Traducción libre.

⁷⁷ Comisión para la Auditoría Integral Ciudadana de los Tratados de Protección de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador. (2017). *Informe Ejecutivo, Auditoría integral Ciudadana de los Tratados de Protección Recíproca de Inversiones y el Sistema de Arbitraje en Materia de Inversiones en Ecuador*. Quito. Pp. 93-96.

- A partir de la información remitida por las autoridades ambientales, así como por las propias comunidades, la auditoría pudo establecer que las empresas extranjeras que han litigado contra el país en instancias de arbitraje internacional han dejado enormes pasivos ambientales como piscinas abiertas para depósitos de crudo, de lodos y desechos cargados de metales pesados tóxicos; fosas a la orilla de ríos, lagunas o pantanos para confinar productos contaminantes; derrames de fluidos y crudo; y la aplicación de prácticas rudimentarias prohibidas en otros lugares donde las mismas compañías operaban.

Mucho de lo anterior se debe en parte a que "los capitales extranjeros llegaron a la región, pero no siempre en el formato de inversiones de tipo greenfield⁷⁸, es decir, en la instalación de fábricas nuevas inversiones que generan empleo y tienen efecto multiplicador sobre las economías. En ciertos casos como Argentina, las inversiones que llegaron fueron esencialmente Mergers & Acquisitions⁷⁹, capitales que vinieron a hacerse cargo de los servicios públicos privatizados en los años noventa, gozando de todas las protecciones de los TBI firmados por Argentina con sus países de origen."⁸⁰

Por otro lado, en materia de seguridad jurídica, cabría formular la pregunta: ¿seguridad jurídica para quién? También, en función del informe de CAITISA, es posible señalar que la experiencia del Ecuador ha sido nefasta:⁸¹

- En el CIADI, se han presentado 14 casos contra el Ecuador, de esos casos, en cinco oportunidades los tribunales del Centro laudaron en contra del Ecuador imponiendo el pago de cuantiosas indemnizaciones: Occidental 980 millones de USD, Perenco 340 millones de USD, Burlington 380 millones de USD, Repsol 13.6 millones de USD, Duke Energy 5.5 millones de USD.
- Por otro lado, en 6 ocasiones, el Ecuador llegó a algún tipo de acuerdo. Los acuerdos que implican el reconocimiento de responsabilidad por parte del Estado: IBM 3.5 millones de USD, Noble Energy 56 millones de USD.
- En los casos Técnicas Reunidas, Quiport, Repsol y Murphy los acuerdos son confidenciales y hasta la fecha no se ha podido determinar la cuantía de dichos acuerdos.
- En total, solo en el CIADI, entre casos perdidos y acuerdos, el Estado ecuatoriano ha desembolsado 1778.6 millones de USD.
- Solo en tres casos el Ecuador ha obtenido un laudo favorable. Lo que evidentemente no exime del pago de costos y honorarios profesionales.

⁷⁸ Las inversiones greenfield son un tipo de IED donde un inversionista no nacional de un país invierte desde cero para la puesta en operación de un proyecto, negocio, o subsidiario, importando todo el capital necesario desde el exterior e inyectando divisas a la economía.

⁷⁹ *Mergers & Acquisitions* son transacciones en las que la propiedad de empresas, otras organizaciones empresariales o sus unidades operativas se transfieren o consolidan con otras entidades.

⁸⁰ Ghiotto, L. (2016). América Latina y el poder corporativo: Una crítica a los compromisos asumidos en materia de inversiones extranjeras. Revista Nueva Sociedad. Disponible en: <https://www.nuso.org/articulo/america-latina-y-el-poder-corporativo/>

⁸¹ *Ibidem*. Pg. 32.



Solamente entre 2003 y 2013 el Estado ecuatoriano pagó 156 millones de USD en defensa jurídica.

La abrumadora evidencia arrojada por CAITISA demuestra, a todas luces, la falta de proporcionalidad entre el trato diferenciado a los inversionistas extranjeros y los objetivos perseguidos. De manera que la prerrogativa otorgada a estos en desmedro de los inversionistas nacionales constituye un acto discriminatorio y es, por lo tanto, inconstitucional.

Finalmente, es preciso señalar que el Convenio del CIADI y el Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor son estructuralmente contrarios con uno de los principios que rige las relaciones internacionales que el Ecuador, como Estado soberano, mantiene con sus pares en la comunidad internacional, al buscar el fomento de un nuevo sistema de comercio e inversión entre los Estados sustentado 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 (...)"*⁸²

El Convenio del CIADI y el actual Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor constituyen una limitación a la capacidad de regular la actividad de las corporaciones transnacionales y someterlas a la jurisdicción de sus tribunales.

Olivet sostienen que *"la industria del arbitraje es (...) responsable de un régimen internacional de inversiones que no es justo ni independiente, sino por el contrario es deficiente y es estructuralmente favorable a los inversores."*⁸³

En virtud de todo lo señalado, queda acreditado que el Convenio del CIADI y el Sistema de Solución de Controversias Estado-Inversor establecen una diferencia entre inversionistas nacionales y extranjeros que es incompatible con el principio de igualdad ante la ley entre extranjeros y nacionales establecido en el artículo 9 de la Constitución, así como con el Régimen de Desarrollo previsto en el Título VI de la Constitución y las obligaciones del Estado en relación con la generación de empleo y la producción, a través de la promoción de la inversión, previstas en su artículo 339 y con el compromiso del Estado ecuatoriano de promover un nuevo sistema de inversión justo, solidario, complementario y que contemple mecanismos de control a las corporaciones multinacionales.

4. Petición concreta

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,

⁸² Constitución de la República del Ecuador. (2008). Art. 416.12

⁸³ Olivet, C. (2012). *Cuando la injusticia es un negocio: Cómo las firmas de abogados, árbitros y financiadores alimentan el auge del arbitraje de inversiones*. Corporate Europe Observatory y Transnational Institute. Pg. 7.

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.

Toda vez que es un principio del derecho internacional derivado de la Convención de Viena sobre los Tratados que, al Derecho Internacional Público, le son inoponibles los actos legislativos internos, por lo que la única manera de evitar, que en el plano internacional se sigan produciendo los efectos de este tratado internacional una vez declarado inconstitucional es a través de la denuncia del mismo.

En palabras de Monroy, *"hay acuerdo en la doctrina, en la jurisprudencia internacional y en la Convención de Viena de 1969 sobre Derecho de los Tratados (arts.27 y 46) de que un Estado no puede justificar la violación de una obligación internacional alegando la existencia de normas de Derecho Interno, incluyendo las normas constitucionales. Los Estados deben actuar en conformidad con el Derecho Internacional y son responsables internacionalmente por la violación de una obligación internacional por cualesquiera de sus ramas ejecutiva, legislativa y judicial y aun del poder constituyente."*⁸⁴

Lo mencionado concuerda con el artículo 112.4 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional que establece como efecto de la sentencia de inconstitucionalidad de un tratado ya ratificado que "el Estado deberá denunciar el tratado ante el órgano correspondiente".

En consecuencia, solicitamos que 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 Secretaría del Banco Mundial la denuncia del mismo.

Paralelamente, en atención al principio contenido en el artículo 76 numeral 9 de la Ley Orgánica de Garantías Jurisdiccionales y Control Constitucional, sobre configuración de unidad normativa, solicitamos que también se declare la inconstitucionalidad del Decreto Ejecutivo 122 de 16 de julio de 2021, publicado en el Registro Oficial No. 499, Cuarto Suplemento, de 21 de julio de 2021, mediante el cual el Presidente de la República ratificó el Convenio del CIADI, por guardar estrecha y esencial conexión con el Tratado Internacional demandado como inconstitucional.

5. Solicitud de suspensión provisional del acto normativo demandado

De igual manera se solicita la suspensión del Decreto Ejecutivo 122 de 16 de julio de 2021, publicado en el Registro Oficial No. 499, Cuarto Suplemento, de 21 de julio de 2021 y que la Corte disponga, mientras dure dicha suspensión, a todas las entidades públicas del Estado de la prohibición de suscribir pactos de arbitraje con cláusula CIADI, en todo instrumento capaz de producir el efecto de consentir en que una controversia jurídica con un inversionista extranjero pueda ser conocida y resuelta por el CIADI.

⁸⁴ Monroy, M. (2008). El Derecho Internacional Como Fuente del Derecho Constitucional. Anuario Colombiano de Derecho Internacional ACIDI - Bogotá. Pg. 136.

Fundamento de la solicitud

Como se ha señalado, tanto la doctrina como la misma jurisprudencia del CIADI e incluso los señalamientos de su propio Consejo Directivo han sostenido que la jurisdicción y la competencia del Centro se configuran plenamente a partir de un consentimiento dual. Es decir, a través de dos actos, uno entre Estados por medio de la ratificación o adhesión al Convenio que fija la base de la jurisdicción y otro entre el Estado y el inversionista extranjero contenido en el pacto de arbitraje y que fija la competencia de los tribunales de arbitraje del Centro.

El primer acto es principal y necesario, mientras el segundo es eventual y accesorio. En tal virtud, mientras subsista en el plano internacional el primer acto, el Convenio seguirá produciendo efectos en lo internacional, incluso aún después de haber sido declarado inconstitucional si así lo decide la Corte. Por lo que, podrían seguir llevándose a cabo procesos arbitrales en contra del Estado, con los consecuentes efectos perniciosos para la economía nacional y para el ejercicio de los derechos económicos, sociales, culturales y ambientales de la población, derivados de las graves limitaciones que la implementación de este Convenio produce en la capacidad para la definición de la política pública y el ejercicio de las potestades normativas y regulatorias de los Estados soberanos.

Si la Corte no suspende inmediatamente los efectos del Decreto señalado y no prohíbe la suscripción de pactos de arbitraje con cláusula CIADI, a futuro, el Estado podría verse obligado a litigar en el CIADI y exponerse al pago de cuantiosas indemnizaciones, aún a pesar de que esta alta Corte haya declarado inconstitucional el Convenio de Washington.

6. Autorización y Notificaciones

Autorizamos al Doctor Guillermo Benalcázar Albuja, con quien suscribimos la presente demanda de inconstitucionalidad, para que nos patrocine, reciba notificaciones, presente escritos, nos represente en audiencias presenciales o virtuales y, en general, realice cuanta gestión sea necesaria para la defensa de nuestros derechos e intereses en la presente causa.

Las notificaciones que nos correspondan las recibiremos en el correo electrónico de los demandantes: frentepetroleroec@gmail.com; cpinoga@gmail.com y en el correo electrónico perteneciente a nuestro abogado patrocinador: gbba0261@gmail.com



Jorge Cáceres Echeverría
CC No. 1703560365
Coordinador
Frente de Defensa Petrolero Ecuatoriano



Francisco Espín Vallejo
CC No. 1704220746
Coordinador Nacional
Frente de Trabajadores del Ecuador

Pablo Iturralde B.

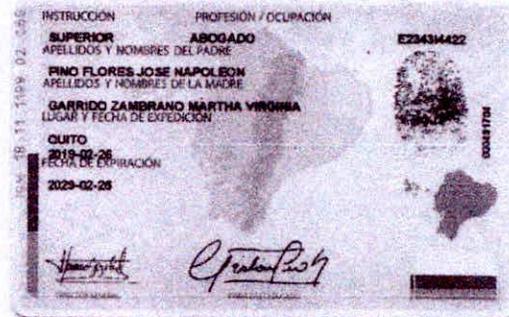
Pablo Iturralde Blacio
CC No. 0701507170
Coordinador Nacional
Asamblea Nacional Ciudadana

Christian Pino Garrido

Christian Pino Garrido
CC No. 1709436727

Guillermo Benalcázar

Dr. Guillermo Benalcázar Albuja
Matricula No. 17-2003-130
Foro de Abogados



Handwritten mark